DERECHO

PUBLICO UNIVERSAL

POR

J. J. BLUNTSCHLI

TRADUCCION DIRECTA DE LA ÚLTIMA EDICION ALEMANA

POR

D. ENRIQUE DANERO

CATEDRÁTICO EN EL INSTITUTO DE SAN ISIDRO DE ESTA CÓRTE

TOMO SEGUNDO

MADRID.
GÓNGORA, EDITORES
Puerta del Sol, 13, y San Bernardo, 85
1880.

Imprenta de los Editores, Ancha de San Bernardo, núm. 85.

LIBRO PRIMERO.

NATURALEZA Y FUENTES

DEL DERECHO PÚBLICO.

CAPITULO I.

DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO.

Cabe á los Romanos la gloria de haber conocido, ántes que pueblo alguno de la tierra, la diferencia que media entre el *derecho público*, cuyo objeto, segun decían, era servir al Estado, y el *derecho privado*, que se encamina al servicio de los intereses individuales (1). Los Griegos, por su parte, no establecieron entre ámbos ninguna manera de distincion, y los Germanos, lejos de comprender su importancia, al apoderarse, en la Edad Media, del Imperio, dedicaron todos sus esfuerzos á la conservacion de la amalgama, digámoslo así, en que confundían los dos cuerpos del derecho. En efecto, en los tiempos á que acabamos de referirnos, el derecho público asume los caracteres del derecho privado, llegando, áun la misma soberanía, á ser considerada como propiedad particular, mientras que los bienes públicos se consideran meramente como bienes de familia. Por el contrario, el derecho revestía de tal suerte el carácter de público, que la propiedad llegó á hacerse inherente á la jurisdiccion, y la posesion feudal á imponer á los señores la obligacion de tomar las armas.

(1) L. I, § 2, D. de Justitia et jure (*Ulpianus*): «Publicum jus est quod ad statum rei Romanæ spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.»

Uno de los rasgos más característicos del *derecho moderno* consiste precisamente en haber reconocido la diferencia que nos ocupa, y que, en consecuencia, señala las distintas esferas en que se hallan contenidas estas dos ramas del saber; de modo que, á partir principalmente del siglo XVIII, encontramos una *fuerza irresistiblemente progresiva* que tiende más y más á extraer de la antigua mezcla dos cuerpos de doctrina completamente separados. Mas, como la separacion se muestra ya bien á las claras en todos los Estados europeos, aunque sólo aparezca parcialmente completa, es manifiesto que el camino andado no puede ménos de redundar en bien, tanto del derecho público como del derecho privado; porque si aquél despliega mayor energía y se presenta, digámoslo así, con mayor magnificencia, quebrantando las trabas y oponiéndose á las corruptelas del egoismo de los indivíduos y de la familia, para inspirarse únicamente en el espíritu del público á quien presta sus servicios, el derecho privado, por otra parte, adquiere tanta mayor libertad, cuanto más se emancipa de la servidumbre del Estado.

De éste nace en pricipio el derecho público, así como el derecho privado tiene su orígen en los *indivíduos aislados*, en las *personas privadas*, y, si aquél trata de las relaciones jurídicas del Estado, éste tiene por objeto el derecho de los particulares.

A pesar de todo, existen líneas de transicion entre una y otra esfera, así es que al derecho privado pertenecen los derechos del fisco, porque el Estado, en cuanto posee bienes privativos, debe ser considerado como particular, y, por consiguiente, el fisco deberá ser tenido como persona privada, mientras que los derechos políticos de los indivíduos, por ejemplo, el de peticion, la libertad de imprenta, no caben, permítase la frase, en la esfera propia del derecho privado, sino que, apoyándose en la relacion de los indivíduos para con el Estado, predomina en ellos el carácter público de éste, y, por consiguiente, pertenecen al derecho público.

Por esto, segun las materias de que trata, el derecho público es determinado por el Estado, sin que quede á merced del *antojo* de los *particulares*, en tanto que el derecho privado extrae en gran parte, y por regla general, de la *naturaleza* y *circunstancias* de los *indivíduos* y más señaladamente de la *voluntad* de éstos, los materiales que lo com-

ponen. En el derecho público predomina el *espíritu* de la *totalidad*, y en el derecho privado se manifiesta separadamente el *espíritu* de los *agregados* que en ella entran; de donde no toca á los individuos variar ó anular por medio de mútuos contratos el derecho público, al paso que nadie duda serles dado poder fijar, por regla general, á su talante y usando de mútuas convenciones, el derecho privado; de suerte que cuanto más comprometidos estén en ciertas leyes de derecho privado los públicos intereses del Estado, tanto ménos deberán los contratos particulares perder arbitrariamente de vista la norma ofrecida por aquéllos (1).

Además, en el derecho que al Estado se refiere, es axioma que *todo derecho público es al mismo tiempo deber público*. Segun este principio, pues, el que disfruta de un derecho está obligado á ejercerlo, así que el regente, no sólo está autorizado para regir, sino que tiene obligacion de hacerlo, como el juez debe necesariamente juzgar. En el derecho privado, por el contrario, rige cánon opuesto, de donde de la voluntad del autorizado dependerá el hacer ó dejar de hacer esto ó aquello (2). La razon de la diferencia se ha de buscar en la nocion que nos enseña que el derecho privado pertenece al indivíduo en cuyo favor las más de las veces exclusivamente existe, en tanto que el derecho público importa al todo y tiene por fin la comunidad. Por esto precisamente puede el Estado ceder su derecho ó renunciar al ejercicio que aquél le concede, mientras que no es dado obrar así á los órganos y miembros individuales que lo componen.

Ambas reglas, sin embargo, ofrecen numerosas excepciones que, segun van á demostrarlo con claridad los siguientes ejemplos, resultan del mismo principio en que aquéllas estriban.

1) Todo ciudadano puede, como particular, hacer ó no uso, segun mejor ó peor le parezca, del derecho que tiene para hacer peticiones ó para tomar parte en las reuniones

---

(1) V. L. 38, D. de Pactis (*Papinianus*): «Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.» *Cod. Civ.*, 6: «On ne peut déroger par de conventions particulières, aux loix qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.»

(2) C. un. C. ut nemo invitus (*Imp. Diocletianus*): «Invitus agere vel acussare nemo cogitur. Es axioma de derecho privado el siguiente: «Jure suo uti nemo cogitur.»

políticas; porque tanto uno como otro derecho, deben considerarse como públicos y concedidos más bien en interés de la libertad individual que en pró de la libertad del Estado

2) Que el indivíduo ejerza ó no los derechos que, como elector, le competen, no es cosa que, sin más, debe tenerse como dependiente de su libre albedrío; pero, si el derecho de acudir á las urnas está repartido entre gran número de indivíduos, ó si, segun la particular significacion que aquél entraña, la libertad de los electores es de mayor interés que la competencia del Estado, el ejercício del referido derecho podrá quedar á discreccion del elector, así como, en caso contrario, podría con frecuencia ser necesaria y justificada la obligacion de obrar.

3) En derecho, privado el ejercicio de los privilegios de la tutela es deber del interesado, porque aquéllos no existen exclusivamente en favor del tutor, sino que se refieren tambien á los pupilos.

La conexion que notamos entre el derecho y el deber en la misma persona no debe ser mirada como defecto del derecho público, sino como una de sus ventajas; porque en esa peculiaridad precisamente se manifiesta la nobleza y sublimidad del derecho público contrapuesto al egoismo del derecho sobre los bienes. Cuanto más encumbrados estén los derechos del Gobierno, tanto más indisolubles serán con respecto á ellos los deberes de la ejecucion. Mucho se degrada al derecho público cuando se considera como propiedad, que puede ó no reducirse á práctica segun antojo, el derecho del soberano; y no se olvide que al príncipe, como tal, no corresponde derecho alguno de la corona, mientras que los *derechos* de ésta son al propio tiempo *deberes*, es decir, deberes para con el Estado, para con el pueblo.

El contraste existente entre el derecho público y privado *(jus publicum et privatum)* no es ilimitado, sino que entre ámbos existen puntos de transicion que llevan al campo que á cada cual corresponde, como por ejemplo, las comunidades y las formas superiores de las asociaciones y corporaciones; mas en vano trataríamos de buscar un tercer terreno independiente que se extienda entre ámbos. Por consiguiente, el derecho á que se aplica el epíteto de social, ó es derecho privado ó público, ó una mezcla de los dos (1).

---

(1) Rob. v. Mohl, en la obra intitulada *Geschichte und Literatur der*

Statswissenschaften, tomo 1, desarrolla opiniones que están en completa contradiccion con las que aquí emitimos. Véase nuestra obra sobre los nuevos fundamentos de la sociedad y del derecho social en la exposicion crítica de la legislacion alemana y de la ciencia del derecho. Tomo III, y la exposicion crítica de Treitschke, intitulada *Die Gessellschaft swissenschaft*; Leipzig, 1859.

CAPITULO II.

—

LIMITACIONES ULTERIORES DEL DERECHO PÚBLICO.

1. El derecho de gentes traspasa los límites de cada uno de los Estados y liga con vínculos comunes á los diferentes pueblos que se suceden en la superficie de la tierra. En manera alguna debemos suponer que este derecho sea únicamente cierta extension ó aplicacion extraña del derecho privado sobre la multitud de indivíduos que componen el Estado, pues sus instituciones y normas, tienen, por el contrario, carácter eminentemente público y legal, por pertenecer, como de hecho pertenecen, á sociedad mucho más extensa. Apoyado en *la unidad del género humano* que se presenta dividida en diferentes pueblos, si para los fines de la vida se organizase la humanidad en un todo bien ordenado con legislacion y administracion de justicia propias, el derecho de gentes apareceria entónces revestido con la forma superior de *derecho del mundo*, debiéndose atribuir á la falta de semejantes requisitos, las actuales flaquezas, digámoslo así, del ramo del derecho que estudiamos.

Desde luego debemos advertir que el imperfecto órden del mundo, que recibe el nombre de derecho de gentes, se separa del órden más perfecto del Estado. La ciencia del derecho público estudia al Estado como á persona pública, y reserva la exposicion de las relaciones de los diferentes pueblos entre sí, á la ciencia particular del derecho de gentes.

2 Otra de las limitaciones de la materia del derecho público la encontramos en el *derecho canónico*.

Durante todo el período de la Edad Antigua, existió, sin duda, cierto género de antítesis entre la Iglesia y el Es-

tado, y aunque sólo manifestada, digámoslo así, en embrion, jámás llegó á convertirse en separacion clara y precisa, por haber considerado los Romanos al derecho sagrado (*jus sacrum*) como parte constitutiva del derecho público (*jus publicum*).

Apénas el cristianismo apareció en el mundo, la *Iglesia*, como comunidad religiosa de hombres, corrió al lado de la sociedad *política*, considerándose igual á ella, y como el ideal que persigue es propio, y su existencia, ni se halla implantada en la esfera del Estado, ni en ella se desarrolla, el derecho canónico (cristiano) exige estudio independiente del derecho público, estudio que esencialmente se ocupe del carácter peculiar de la Iglesia, dejando á un lado las leyes del Estado. En efecto, el derecho canónico posee carácter que fundamentalmente difiere del de todas las demas ramas de la jurisprudencia, se asemeja más que ellas á los principios religiosos y morales más elevados con los cuales se relaciona y hasta se mezcla, y, viéndose más falto de fuerza material que el derecho profano, invoca á veces su proteccion, cuando los propios medios de coaccion no son suficientes. Empero, si consideramos el derecho de la Iglesia, no desde el punto de vista que le es propio, sino sólo parando mientes en la relacion que con ella y sus instituciones guarda el Estado, cuando la contemplamos bajo el punto de vista que éste nos ofrece, entónces la presente especulacion entra de lleno en el terreno del derecho público.

3. Además, tanto la mayor parte de los *procesos civiles*, como el *derecho penal* en su totalidad, sin excluir los procedimientos que á él se refieren, deben adscribirse con fundamento al derecho público. En efecto, en todo pleito el Estado presta, como tal, su proteccion á las personas privadas contra las violaciones y menoscabos sufridos en la esfera del derecho, en tanto que, en su moderno desarrollo, manifiesta el derecho penal la justicia del Estado que, no solamente protege al ofendido y remedia el vejámen por él sufrido, sino que asímismo castiga el criminal ataque contra el órden comun del derecho.

A pesar de todo, la estrecha conexion que el Codigo civil y el derecho penal guardan con el derecho privado, relacionándose intimamente con él, mientras que aquél favorece por completo su seguridad, como éste en gran parte lo hace tambien; su mucha extension y su correspondiente im-

portancia hacen que uno y otro se separen del derecho público para formar tratados enteramente independientes.

4. Así como distinguimos entre la *política*, esto es, entre el gobierno en su conjunto y la *administracion*, ó sea, el desempeño de los negocios públicos en sus detalles, así tambien acostumbramos hacer distincion entre el *derecho público* y el *derecho administrativo* que incluye el que es propio de la policía. La oposicion entre uno y otro es óbvia, y, puesto que puede explicarse ménos por razones de principios que por razones de método y de tecnicismo, creemos mejor examinar y representar, por una parte al Estado en su ordenada existencia, y por otra los negocios á él encomendados en la limitacion especialmente estrecha de cada caso particular, para pasar despues á estudiarlo en su naturaleza jurídica.

CAPITULO III.

FUENTES DEL DERECHO PÚBLICO.

A.—La ley.

La forma suprema y más conforme con la naturaleza del Estado, en que el derecho se manifiesta y se precisa, es, sin género alguno de duda, la *ley*, en la cual halla el derecho su más clara y pura expresion. En efecto, en la ley se retrata, digámoslo así, el Estado en su conjunto, el Estado, con relacion á la conciencia y voluntad del derecho, en instituciones duraderas, debidas á aquél ó en reglas generales y prescripciones jurídicas por el mismo decretadas, de suerte que la ley es *expresion perfecta* del derecho enunciado por quien para ello tiene autoridad.

Para la conciencia del Estado moderno, es, por lo tanto, indispensable pretender que la ley sea expresion exclusiva, no sólo del *poder autoritativo*, sino de *todo* el Estado, áun sin exclusion de los gobernados. Por esto precisamente el consentimiento de la representacion nacional en todo Estado libre es considerado como condicion fundamental para que la ley obligue.

La legislacion ha alcanzado en el Estado moderno importancia mucho mayor que en tiempos anteriores; porque los modernos consideran actualmente el órden legal, que tambien pertenece al derecho público, como una de las garantías más grandes, tanto de la seguridad y bondad de la administracion de justicia como de la libertad del pueblo y de la misma sociedad. Pero, aunque no participemos en manera alguna de la preocupacion de los románticos, al preferir el derecho no escrito al legal por huir de la incertidumbre y la oscuridad, sin embargo, no por eso habremos de olvidar el peligro que se corre de que las opiniones prema-

turas y ciertas ordenanzas arbitrarias se presenten á veces con el disfraz de formas autoritativamente legales. La dura y formal expresion de la ley no se atiene á veces completamente al natural precepto del derecho, cuya organizacion legal siente sobradamente pesada la rígida invariabilidad cuando ésta domina largo tiempo, hasta que, tras una y otra sacudida, las repentinas innovaciones engendran cambios radicales.

Con respecto á la extension, del género á que se refieren toman las leyes el nombre de *imperiales*, *nacionales*, *provinciales* y hasta de *locales*, segun hagan referencia al extenso territorio de un gran imperio compuesto de diferentes países, á territorio particular ó sólo á partes de éste.

En manera análoga, como el Estado establece por sus leyes instituciones legales, y fija las normas á que éstas deben sujetarse, así tambien las *poblaciones*, las *corporaciones*, *asociaciones* y *familias*, en atencion á su *autonomía*, dictan ordenanzas de derecho, siquiera esto sea en círculo limitado en lo que á la aplicacion atañe y con relativa autoridad. Los tiempos medios fueron mucho más favorables á tal autonomía que los Estados modernos que intentan proteger la unidad, igualdad y popularidad del derecho contra toda innovacion autonómica. El decretar autonómicamente ciertos estatutos y órdenes, es indispensable para los intereses del libre movimiento de ciertos círculos de la sociedad; pero únicamente podrá tenerse por acto lícito, cuando se observen los límites legales y se reserve la autoridad pública cierta intervencion en favor del derecho general, no debiéndose, por otra parte, echar en olvido que las *leyes privadas* de las *dinastías*, los *estatutos* de las *ciudades*, el *órden público* de las *iglesias*, las *reglas* de las *órdenes religiosas*, etc.; no son más que importante aplicacion de la autonomía de que tratamos.

Por lo demas, la relacion de la ley con el derecho público no es completamente igual á la que guarda con el derecho privado. En efecto, el Estado, como legislador, posee más ámplia libertad con respecto al derecho público que con respecto al derecho privado; pues, al establecer instituciones de derecho público, obra en esfera propia, mientras que, al dictar leyes de derecho privado, divaga fuera de ella pasando á la de las personas privadas, que ni son obra suya ni dependen por completo de él; porque, á la manera

que los individuos no llegan á serlo por la intervencion del Estado, así tambien el derecho individual no adquiere este carácter en virtud del mismo, y, aunque no pueda negarse que tal derecho puede únicamente recibir en y por el Estado su más perfecto desarrollo y su proteccion más eficaz, todavía, no por esto debemos suponer que radica en su seno; pues su deber principal es hacer reconocer y no fijar arbitrariamente, segun su capricho, el derecho privado en la medida que resulta por circunstancias naturales de su desarrollo histórico.

Más adelante haremos ver, con la extension requerida por la materia, las importantes circunstancias prácticas que resultan de esta oposicion.

CAPITULO IV.

§ VI.

B.—El tratado público.

Tambien el tratado reconoce, precisa ó cambia el actual derecho público. En este punto hay que atender, no solamente á los *verdaderos tratados* públicos hechos entre diferentes Estados, y fundados, por consiguiente, en base que podríamos llamar internacional, sino tambien á los tratados que afectan á *diferentes corporaciones ó miembros políticos de un Estado*, como los de los patricios ó plebeyos en Roma, ó los tratados de la Edad Media entre los diferentes propietarios y los príncipes.

Los tratados públicos son semejantes á las leyes en cuanto que aquéllos manifiestan el pensamiento del derecho, no sólo con palabras determinadas sino tambien con autoridad pública. Pero la forma del tratado se distingue de la forma de la ley en cuanto en ésta se manifiesta la *unidad* del Estado, al paso que en aquélla la *pluralidad* de cuerpos políticos, independientes entre sí, establece por acuerdo especial la voluntad comun. Por lo tanto, dentro del Estado es ésta, ciertamente, la forma de ley más elevada, por la sencilla razon de que en ella manifiesta el Estado su opinion, como sér de suyo armónico y unificado. Empero, siempre que á un mismo tiempo estén interesados muchos Estados, la forma del tratado es inevitable, porque dicha pluralidad de Estados independientes se halla falta de órgano comun de su legislacion.

Asímismo, cuando por acaso en un Estado no reside ésta en un príncipe ó en una asamblea, sino que estriba en la cooperacion de varios miembros de un cuerpo legislati-

vo compuesto, como sucede, por ejemplo, en Inglaterra con respecto al comun acuerdo del monarca y la alta y baja Cámara, y en el Imperio aleman con respecto á la armonía de la Dieta y el Reichstag, entónces la antedicha cooperacion sólo impropiamente indica el contrato. La ley acordada, ya por el Parlamento ya por la nacion, no es un contrato entre diferentes potestades políticas existentes por sí mismas y autorizadas para expresar independientemente su voluntad como jurídicamente obligatoria. Los meros elementos del Parlamento ó de las Córtes, una vez separados de los otros miembros, carecen de toda autoridad ó jurisdiccion para formar leyes, porque solamente en su combinacion para la unidad, solamente como cuerpo inseparable y unificado podrán aquéllos tener derecho para dar leyes, siendo la ley, en este caso tambien, genuina y sencilla expresion de esta unidad.

La imperfeccion de la forma del tratado para la procreacion del derecho público en un Estado consiste en que éste se reserva la unidad y en cierto modo se resuelve en sus elementos, así como la forma, segun derecho del Estado, se halla ligada á la voluntad de las partes, por un lado unificadas y por otro independientes, ó, por decirlo en una palabra, dicha imperfeccion consiste en que, *en principio, la totalidad se halla ordenada para las partes*. La historia de todos los Estados alemanes pone en nuestras manos numerosos documentos que arrojan gran luz sobre esta imperfeccion, sobre la pesadez, decimos, y la torpeza del movimiento y sobre el defectuoso, fin tanto de los intereses públicos como del comun bienestar, defectos inevitablemente inherentes á la forma de los tratados, al propio tiempo que nos muestra cómo los grandes desarrollos del Estado y sobre todo las formas más adelantadas del contrato han removido en parte de su primitivo puesto á las formas legislativas y en parte las han confinado á círculos cada vez más estrechos.

Nota. La eternidad de la legislacion del Estado no está ménos en oposicion con la instabilidad de todas las cosas humanas y, por consiguiente, del Estado, que lo está la misma eternidad de la ley. Cuanto más revele el derecho en forma sencilla y pura los altos y estables principios del divino ordenador del mundo, tanto más semejante á éstos aparecerá el conjunto de las leyes que

abarca. Pero así como el derecho ordena las mudables y humanas relaciones de la forma, así tambien es necesario no perder de vista aquella condicion de vicisitud y mudanza, porque subyugando así el mismo derecho á la ley natural de la variabilidad, no podrá variar la forma para la ley ó para el contrato.

CAPITULO V.

C.—La superior constitucion del derecho.

Debemos distinguir entre la manifestacion legal del derecho que reside en la comun autoridad de todo el pueblo y la superior constitucion del derecho, que tan sólo estriba en la autoridad de las legítimas asambleas y autoridades competentes.

Esta se nos presenta en dos formas, á saber: en forma de *ordenamiento* y en forma de *sentencia judicial.*

1. El ordenamiento está tanto más ligado con la ley cuanto que con acuerdo y voluntad de los ciudadanos crea disposiciones de derecho y promulga leyes en forma autoritativa y en proposiciones prefijadas; pero á la vez se diferencia de la ley, porque en ésta se manifiesta la voluntad universal de todo el Estado, mientras que el ordenamiento sólo implica la voluntad de una autoridad superior. Allí se retrata la voluntad del pueblo (*populi jussus*) aquí la determinacion del jefe y, sobre todo, la determinada autoridad propia de un cargo público (*edictum magistratus*). De aquí es que el ordenamiento está subordinado á la ley, de suerte que en las modernas constituciones se halla limitado á círculo muy reducido. Existen así mismo ordenamientos territoriales dados por el jefe del Estado (el rey) para todo el país de su jurisdiccion, provinciales ya de los partidos ya de los comunes para las dependencias públicas, y locales, en fin, que tienen por objeto pueblos determinados.

2. Inmediatamente despues vienen las sentencias judiciales (*res judicata*) que sólo tienen por objeto, en el único caso de estar velada la realidad de la cosa, colocarla en su verdadera claridad, librándola de la confusion de que en

daño de las partes pudiera estar cercada. Empero, al cumplir estas sentencias su cometido, llevan, al propio tiempo, á cabo el trabajo más delicado y la más cabal constitucion del derecho, dándonos los conocimientos fundamentales en que se asienta la autoridad universal del derecho.

Tratándose del derecho privado, esta autoridad es sin dificultad alguna reconocida en la práctica forense y no es ménos necesaria y aplicable en las cuestiones que atañen al derecho público. Cuanto más pueda aumentar en los tiempos venideros el deseo de la ordenada defensa jurídica en favor del derecho público, tanto mayor será la importancia de la fuente del derecho, objeto de los párrafos anteriores.

CAPITULO VI.

D.—Usos y Costumbres.

En las actas politicas y usos, tanto de la potestad del Estado como de la del pueblo, el consentimiento de que tratamos se manifiesta de mil maneras, y áun sin que sea expresado en forma de ley, de suerte que en unas y otros ha alcanzado en el seno del espíritu público tan positiva y firme consistencia, ha sido tan en alto grado santificado por el uso y tan confirmado por la experiencia que, ofreciéndose marcado con el *sello de la templanza* llega á presentársenos como *derecho nacional*.

En el derecho público de los Romanos existian instituciones importantes y reglas jurídicas fundadas, no en leyes escritas ni en convenciones, sino en legítimas costumbres correspondientes al sentimiento jurídico y á la intencion jurídica del pueblo. El derecho público de la Edad Media se funda igualmente en las costumbres y en las práctiticas. Tambien el derecho público inglés tiene en parte idéntico fundamento y por do quiera, en fin, encontramos tal elemento del derecho público.

Pero el derecho consuetudinario, si bien es copiosa y viva fuente del derecho, es inferior al derecho legislativo y auténtico en lo que á la claridad y rigor de la expresion se refiere. El desconocido sentimiento de lo necesario se manifiesta en la costumbre, pero la conocida voluntad de lo justo prefiere la ley, aunque, por otra parte, el derecho consuetudinario es ménos rígido que la ley, y más fácilmente se apoya en las condiciones existentes y en sus tácitas transformaciones.

La llamada *naturaleza de las cosas*, considerada como

fuente del derecho, no es más que la fuerza de las inmanentes *relaciones reales* (físicas ó psíquicas), legadas al sentimiento del pueblo, que deben ser *reconocidas* como *normas éticas*, y que, en consecuencia, ejercen influencia y tienen valor jurídico. La naturaleza de las cosas obra desde el *principio*, mientras que las costumbres, por el contrario, sólo en las *consecuencias permanentes.*

El derecho no nace como extraño á las cosas, ni se desprende de éstas ni, por decirlo así, es por ellas repelido, sino que, en realidad es una forma determinada y una direccion de la misma existencia del *Estado, en cuanto es el derecho público.*

NOTAS. 1) El derecho consuetudinario ha sido en todo tiempo y en todas partes reconocido. *Ciceron*, de Invent., II, 22: «Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit.»—Præfatio legis Baiuwariorum: «Longa consuetudo pro lege habetur. Lex est constitutio scripta.» Schwabenspiégel 40:» Swa gout gewanheit ist, diu ist reht. Guotiu gewanheit unde rehtiu gewanheit daz ist diu wider geistlich reht niht enist unde wider gotes hulde noch wider manlichen éren, noch wider menschliches gewizen noch wider menschlichen triuwen noch wieder die selikeit der sèlen. Guot gewanheit ist als guot als geschriben reht ». Puchta, Derecho consuetudinario, II, 8: «Resulta de estas consideraciones jurídicas que para el pueblo sirve la práctica casi como un espejo, en el cual reconoce su propia imágen.»

2) Segun Montesquieu, *Esprit des Lois*, I, 1, 2, el derecho, en su más lato significado, no es más que las *necesarias relaciones* que se derivan de la *naturaleza de las cosas*, «Les lois sont *les rapports necessaires* qui dérivent de la nature des choses, et dans ce sens *tous les êtres* ont *leur lois.*» Por consiguiente, en este caso, el derecho supone, sin duda alguna, la primitiva creacion, ésto es, la existencia de las cosas particulares, cuyas naturales relaciones conserva como reconocidas y protegidas, y *de las cuales* es ordenacion. Cuando Schsmidthenner XII *Libros sobre el Estado* 1, pág. 241 dice: Montesquieu hubiera escrito con más propiedad «*qui constituent*» la nature des choses, falsea, digámoslo así, el pensamiento real del jurisconsulto frances. Tambien Thiers (*De la propieté*, cap. 2) tortura por su parte, la idea de Montesquieu al quererlo corregir en estos términos: «Les lois *sont la permanence des choses.*»

CAPITULO VII.

E.—La ciencia.

El fin de la ciencia del Derecho no es producir un nuevo derecho, sino más bien *reconocer el ya existente*, por cuanto su esencial actividad no pertenece á las fuentes jurídicas sino que se limita, por el contrario, á beber sus aguas.

Mas, á pesar de todo, la ciencia tiene un valor *productivo*, en virtud del cual viene á ser, sin duda alguna, una *fuente del Derecho*, y esto bajo dos puntos de vista.

En efecto, en primer lugar la ciencia no tiene con relacion á las otras fuentes del Derecho tan sólo el carácter de receptiva, esto es, no recoje simplemente la materia del Derecho, sino que *trabaja* sobre él, y precisamente por este trabajo agranda quizás la esfera del Derecho existente. Así, por ejemplo, la ciencia deduce de las leyes las consecuencias, acaso no pensadas por el mismo legislador, que no por esto son simple deduccion lógica, sino que al propio tiempo se conforman con todo el sistema legislativo, en cuanto no sólo pueden tener cierto fundamento interno, sino pertenecer tambien al órden jurídico interno; de otro modo, no sólo traslada á esfera más clara las normas jurídicas del derecho consuetudinario, sino que lleva á cabo otro trabajo, á saber, el de procurar convertirlas en derecho escrito.

En segundo lugar, tambien tiene importancia otro trabajo de creacion verificado por la ciencia, el cual se explica por la naturaleza de las ideas jurídicas, es decir, que éstas, como tales, no pueden en *manera alguna* considerarse como *derecho real*, pues, su nocion es completamente en sí y de suyo un trabajo libre de la ciencia sin influencia in-

mediata sobre el ordenamiento jurídico. Empero las ideas legislativas se convierten en derecho cuando, por decirlo así adquieren vida, esto es, cuando son *reconocidas* en el *Estado* como *reglas seguras* y adquieren por ende *valor positivo*. En efecto, de simples especulaciones filosóficas ó preceptos morales se convierten, mediante esta operacion, en *preceptos jurídicos*, puesto que son acojidas por la conciencia del pueblo como definitivas y obligatorias, al par que son puestas en práctica en el seno del Estado. Esta ampliacion del derecho existente tiene muchas veces lugar por medio de la legislacion *preparada* por la ciencia, que, por consiguiente, debe contarse entre las otras fuentes del derecho.

La ciencia, sin embargo, no debe confundirse en este punto con la doctrina, ni la laboriosidad científica debe circunscribirse á los tratados de los escritores. El hombre de Estado, que en público palenque literario desarrolla en sus discursos un principio y arrastra la opinion pública á que lo reconozca; el capitan que en su órden del dia expone las razones que le obligan á llevar al combate á las tropas que manda y con la enerjía de sus palabras destierra las vacilaciones y hace vuelva la fidelidad á los ánimos; el juez que para motivar su sentencia se apoya en un principio controvertido, hasta arrancar la aprobacion universal; el periodista que por medio de sus artículos dirije el sentimiento público y amonesta al Estado hasta hacer valer como derecho una proposicion que anteriormente no había sido aclarada ni introducida en la práctica jurídica, todos éstos, decimos, enriquecen por la vía científica el caudal del derecho existente. Mas esta laboriosidad de la ciencia se refiere con preferencia á los *hombres de Estado*, los cuales en todos tiempos, cuando verdaderamente han sido dignos de tal nombre, aunque no siempre en forma legislativa ni bajo el sello, digámoslo así, de la autoridad gubernativa, pero frecuentemente bajo la forma libre de la expresion científica, han enriquecido el *derecho de sus respectivas patrias.*

El *derecho científico* es afin con el *derecho consuetudinario*, y al par de éste se distingue del derecho legislativo y del derecho de tratados, por carecer de la forma externa que da á los anteriores suprema autoridad pública; mas, como él carece de *carácter oficial*, fundándose por lo contrario en la *libre manifestacion del derecho del pueblo*. Por esto, como aquel, es móvil, variable, dudoso, pero como el consuetudi-

nario, está lleno de vida. Con todo entre estas dos manifestaciones del derecho existe la diferencia de que el consuetudinario se funda principalmente en la *conciencia jurídica* del pueblo, *avivada por la llama de la inteligencia*. Por lo demas, el derecho consuetudinario guarda con el derecho científico la misma relacion que el legislativo.

Resulta, pues, de aquí que se deciden fácilmente las cuestiones sobre la validez del llamado *derecho natural* ó *racional*, mientras que éste es simplemente producto de la *especulacion individual*, como, por ejemplo, la república de Platon con sus guardias, no puede ciertamente tener pretensiones de valor real. Ni áun siquiera la prueba de que la opinion abstracta, en cuanto fundada en el derecho natural, sea por ende conveniente, puede bastár para establecer una máxima jurídica. La *teoría* por sí sola no crea manera alguna de derecho. Pero cuando en la esfera que le es propia nos encontramos con la *susceptivilidad* del pueblo para el reconocimiento de las proposiciones de derecho natural, y cuando la idea jurídica es al propio tiempo acogida por la conciencia popular y por su mediacion se reviste de fuerza coercitiva, entónces se convierte en *derecho*, sin que deba desconocerse que el momento *generador* del mismo se halla efectivamente en el seno de la *ciencia*, la cual se torna fecunda por la recepcion de la conciencia del pueblo.

Así mismo, en el derecho privado de los Romanos, hay una parte sumamente importante que precisamente fué engendrada por la ciencia, y existen doctrinas relevantes que directamente se apoyan en ideas de derecho natural que adquirieron gran importancia. Toda la doctrina sobre la negligencia (culpa), por ejemplo, tiene su orígen en este trabajo científico que toma sus principios de la comunidad de la naturaleza humana á cuyo reconocimiento es acreedora. En el derecho público, esta fuente del derecho es tanto más importante cuanto que, más fácilmente y más en conformidad con la naturaleza del Estado, tiende á engendrar la condicion de que sea asímismo derecho la conciencia de la necesidad ética y su correspondencia en el Estado, en cuanto que es fin de éste dar fuerza externa á la idea jurídica reconocida como tal. De aquí es que los grandes estadistas se determinan, en cuanto las circunstancias lo aconsejan, segun las propias convicciones y los conocimientos que poseen del derecho natural.

NOTAS.—1.ª San Pablo, en su Epistola á los Romanos, 11, 13-15, dice acerca del Derecho natural: «La obra de la ley sea escrita en el corazon de los paganos, y sea conforme á su conciencia de ellos.» Y Melanchton (Philos. mor.) llama al *Derecho positivo* próxima determinacion (determinatio) del derecho natural. Esta *determinacion* del derecho público natural, puede conseguirse por medio de la ley, de las convenciones públicas, de las costumbres y de la ciencia.

2.ª Muy difícil es en casos determinados reconocer el *momento* de la generacion del derecho, así como tambien lo es juzgar de los varios motivos que han cooperado á su produccion. En alguna manera se asemeja á la generacion humana; pero una vez que el derecho se manifiesta como fruto positivo de la vida pública, siempre podrá ser reconocida, con sólo mirar con ojo seguro y reflexionar despues con ánimo libre de preocupaciones.

CAPITULO VIII.

TRÁNSITO DEL ORDENAMIENTO DE HECHO AL DE DERECHO.

Como en el derecho privado estamos acostumbrados á hacer distincion entre la propiedad y la posesion, así tambien es necesario hacerla en la posesion pública en contraposicion con el derecho público, sin olvidar la distincion más general que existe entre el ordenamiento de *hecho* y el ordenamiento de *derecho*. La antítesis entre el Gobierno *de facto* y el de *jure* es la que más se distingue por su importancia, pero no debe considerarse como el único ejemplo de tal diferencia, en lo cual, se muestra evidentemente la analogía de la posesion y de la propiedad de derecho privado, con una sola diferencia, sin embargo, y es que siempre debe tenerse entendido que el Gobierno no es propiedad de una persona, ni significa posesion de cosas.

En dos casos la posesion pública debe ser considerada como derecho público. En primer lugar, cuando las *condiciones de hecho (status, quo res sunt,)* prescindiendo de su fundamento jurídico, exigen *proteccion jurídica provisional*, contra las acusaciones violentas é ilegítimas, y además, cuando se restablece el estado anterior *(status, quo res fuerunt)* como, por ejemplo, la condicion normal del 1.° de Enero de 1624, en la paz de Westphalia de 1648, para las relaciones confesionales de los Alemanes, como base del ordenamiento del derecho. Tambien aquí podríamos traer á la memoria la analogía de los entredichos para la proteccion de la posesion; pero debemos guardarnos de la pura y simple aplicacion de la doctrina del derecho privado que es inadmisible.

En segundo lugar, aceptamos en toda su extension que

la fisonomía histórica de las cosas, en la sucesion del tiempo se trasmite correspondientemente á la fisonomía del derecho, originándose de este modo los títulos para la creacion de una nueva organizacion jurídica.

La posesion tiene para el derecho público importancia aún mayor que la que posee con respecto al derecho privado, pudiendo convertirse en derecho real y más fácilmente en aquél que en éste, trabajando con mayor esfuerzo en favor de la *formacion del derecho privado.* Esta diferencia no depende simplemente de las condiciones externas, porque frecuentemente las encontramos en el Estado faltas de fuerza suprema suficiente á impedir ó abolir la toma ilegal de posesion, mientras que en el derecho privado, el poseedor perturbado ilegalmente en su posesion ó arrojado de ella encuentra en la justicia legítimo amparo contra la violencia; pero su interno fundamento reside en la diversa naturaleza del derecho público y del derecho privado.

Sin embargo, el simple ejercicio de hecho de un derecho, por sí sólo no es suficiente, tanto en uno como en otro caso, para conceder á ese ejercicio el derecho ejercido. El simple *estado de hecho,* áun en el derecho público, no debe en manera alguna tomarse á la ligera como derecho; porque áun tratándose de derecho público, para la cesacion del estado de posesion debe entrar en juego cierto *elemento ético-intelectual* del derecho. Pero miéntras que en el derecho privado, prescindiendo de la toma de posesion de cosas faltas de dueño, que producen al punto la propiedad, el indivíduo que tome arbitraria posesion de lo que hasta entónces le fué extraño está siempre de frente á otro indivíduo autorizado, y por lo tanto, aquél viola la esfera particular y jurídica de éste, que, como persona privada, está para con él en la misma línea, miéntras que, por el contrario, en el derecho público se manifiesta, en las varias aprehensiones de posesion de los derechos públicos, más frecuentemente la *fuerza de las naturales circunstancias* en el *Estado,* y, en defecto de conflicto, concurre tambien cierta *tutela posesoria* y un *reconocimiento* de parte del *Estado*, en cuyo propio cuerpo se ha operado la mutacion. En la *asegurada continuidad* del estado de hecho se manifiesta la *necesidad siempre activa de las públicas relaciones,* necesidad que es *derecho público.*

Por la continuidad de un estado de cosas gradualmente

real, el ordenamiento jurídicamente ejecutado puede llamarse *prescripcion del derecho público*. En el lenguaje jurídico aleman la palabra prescripcion *(Verjährung)* no significa una institucion jurídica ya establecida, sino más principalmente el sucesivo incremento de un estado de derecho, resultante de la continuidad de las condiciones de hecho, legitimadas por el tiempo. Debe, pues, admitirse la *prescripcion de derecho público*, la cual, entiéndase bien, no es de la misma clase ni produce los mismos efectos que la prescripcion de derecho privado (1).

Por esto, pues, como la palabra prescripcion puede tan fácilmente inducir á error, toda precaucion será poca en lo que á su uso respecta. La dificultad capital está siempre en el profundo conocimiento y alegacion de los motivos que producen el cambio de la significacion del vocablo. Por consiguiente, ántes de examinar esta cuestion juzgamos conveniente parar mientes en la contradiccion que los dos sentidos extremos de la palabra encierran, estudiándola aquí bajo dos puntos de vista diferentes, ó exponiendo: 1) la teoría de los llamados *hechos consumados*; y 2) la teoría de la *legitimidad*.

1. La teoría de los hechos consumados se acomoda fácilmente á *toda* mutacion de hecho, define como derecho toda fuerza que es externa, y así como no reconoce más derecho que el del triunfo momentáneo, así tambien no admite más error que el de la derrota. Toda rebelion merece á sus ojos castigo si fracasa en sus intentos; pero es realmente legal si alcanza la victoria. Toda usurpacion es por ella condenada si muere en la demanda, así como es por ella reconocida si obtiene buen resultado. *El fenómeno mudable* es tambien á sus ojos única norma, áun con respecto

(1) Cuando San Bie, en su excelente obra intitulada *Legitimacion de un poder usurpado del Estado*, no aprueba la anterior expresion para indicar la trasformacion del derecho público, pierde, acaso demasiado, de vista la prescripcion del derecho privado. En éste, la buena fé (*bona fides)* requerida en la adquisicion de la posesion, y que importa ignorancia de la ajena propiedad, no es aplicable al derecho público, puesto que aquí no se trata de derechos personales, sino de un estado público de derecho. Con esto, empero, va siempre unida cierta buena fé (*bona fides*), aunque en significado muy diferente del anterior, esto es, la fé en la necesidad de las mutaciones, en los que reclaman las reformas. Pero aunque en principio no existiese la fé de que tratamos, puede sin embargo, formarse más tarde, lo cual basta para la prescripcion de derecho público.

al derecho. Déjase llevar por la corriente de la opinion y cambia de color y sentimiento por cualquier conmocion que en sí sienta. Quiere hacer creer que defiende el estado de cosas existente, mas en realidad lo va destruyendo. Se vanagloría de seguir siempre la viva trasformacion de las cosas, y, sin embargo, rinde generalmente homenaje tan sólo á lo que al presente tiene á la vista. No tiene manera alguna de fé en el valor moral del derecho ni conocimiento de ningun género de su naturaleza espiritual.

Por desgracia, para la universal seguridad jurídica, desde la Revolucion francesa hasta nuestros dias, sin tomar el carácter de los *hechos consumados*, esta doctrina ha hecho frecuentes apariciones en el continente europeo, arrancando aplausos á los más opuestos partidos.

Es verdad que bien merecen ser estudiadas por el derecho las trasformaciones efectivas de las cosas; pero el servicio fundamental de la doctrina que nos ocupa consiste en su modo parcial de ver, razon por la cual da mayor importancia á las manifestaciones externas, mientras que deja á un lado y no aprecia *elemento alguno ético-intelectual del derecho.* Solamente cuando la *conciencia jurídica del pueblo* aprueba la trasformacion, cuando se manifiesta en los nuevos fenómenos de la vida, sólo entónces, decimos, puede desarrollarse por semejante medio un nuevo derecho real. El conocimiento, exista ó no esta conciencia jurídica, es, sin duda alguna, en ciertos casos, muy dificultoso, mas no por esto tal dificultad puede evitar sea de toda necesidad el deber de reconocer este momento. Como criterios para llegar al apetecido fin, y, por consiguiente, como condiciones necesarias para el cambio de fisonomía real en el estado del derecho de que tratamos, ténganse en cuenta las reglas siguientes:

a) Miéntras en el Estado *exista abiertamente la lucha,* no prevalece aún la conciencia del temperamento jurídico de las nuevas condiciones, por potente que sea el partido que combate por introducir innovaciones. Como ejemplo, puede aducirse la dominacion napoleónica en España, desde 1809 hasta 1814, y la constitucion húngara en 1828.

b) Si en el Estado sobrevino el nuevo órden de cosas en un instante de victoria, pero las circunstancias y las disposiciones son tales que amenazan aún con la *renovacion de la lucha*, tampoco en este caso la posesion se convierte en

derecho inmutable. Ejemplo de esto es el imperio napoleónico de los cien dias en 1815, y la república romana de 1848 á 1849.

c) Es de particular importancia en esta materia, ó la *tácita permision* ó el *expreso reconocimiento* de las condiciones existentes por parte del órgano del Estado, que tiene el derecho y la obligacion de velar por este ordenamiento, y especialmente por parte del supremo poder, ó por parte del pueblo á quien afecta la mutacion. Ejemplo: el reconocimiento del rey Guillermo III en 1685 en Inglaterra; el de Luis Felipe, 1830; el de Napoleon III, 1852, en Francia, y las anexiones prusianas, 1866, en Alemania.

d) Finalmente, es decisivo el *reconocimiento de derecho de gentes* por parte de los poderes llamados á defender la paz universal y el órden comun del mundo, de lo cual tenemos ejemplo en el reconocimiento de la revolucion belga en 1831 por el Congreso de Lóndres; el del rey Jorge de Grecia en 1863 por el protectorado; el del reino de Italia por Austria en 1866.

Cuando estas condiciones concurren en masa, entónces la nueva formacion del derecho se efectúa plenamente y la primitiva *usurpacion* se halla en capacidad de convertirse con el tiempo en *derecho real*.

2) La teoría *legitimista*, como con preferencia defiende el elemento ético intelectual del derecho, se coloca desde luego en oposicion con las manifestaciones de hecho, y contrapone el derecho firme á las variables evoluciones de los acontecimientos externos, por lo cual creemos sinceramente que tiene ciertas ventajas sobre la doctrina de los hechos consumados, pero, en su opuesto y parcial modo de ver las cosas, cae, al par de ésta, en la mera contradiccion de la naturaleza del derecho.

Tal cual se admite la palabra, se entiende por *legitimidad* simplemente la *legalidad*, y áun generalmente la *justicia* del órden del Estado; pero, aunque la verdad de este significado es incontestable, sin embargo, no hallamos solucion alguna á nuestro problema, cuando tratamos de averiguar cómo y bajo qué condiciones todo derecho realmente quebrantado muere en el trascurso de los años, miéntras que otra nueva autoridad del Estado, apénas realmente ejercida, se convierte con el tiempo en legítima.

Empero desde la *restauracion* europea de 1814-1815, bajo

el nombre de legitimidad se entiende otra cosa totalmente distinta. Entónces, cuando por primera vez la *revolucion* hizo desaparecer, ó, al ménos, sacudió en sus cimientos la régia potestad, que despues se quiso restaurar, bajo el nombre de *legitimidad* se entendía el más asegurado derecho de la dinastía real y de su jefe, para gobernar el territorio, en oposicion al significado de la palabra aplicada para designar la fuerza pública de la voluntad popular y para restringir el derecho del pueblo que, como revolucionario é ilegítimo, no podía ménos de ser sospechoso. En este sentido de la palabra se confundieron precisamente las ideas comprendidas en los números siguientes:

a) El culto á la *sangre real y del derecho de sucesion* como cosa preferible al derecho asegurado.

b) El influjo de las ideas *patrimoniales* que representaban al Estado como patrimonio del príncipe.

c) Cierto elemento *místico-religioso* de la bendicion divina. En este espíritu se informó la idea del Congreso de Viena tan de buen grado recibido en las córtes europeas. A los principios del año 20 se creyó que todos los Estados europeos habían encontrado en dicho elemento un sólido principio que seguramente colocaba á los Estados nuevamente restaurados bajo el patrocinio de las Grandes Potencias.

Al obrar así, no se notó que esta idea se confundía con los elementos que directamente contrarían las modernas Constituciones de los Estados:

a) Porque no se dió más luz para aclarar en la sucesion dinástica el mejor y más legítimo título de derecho que la suministrada por la eleccion del príncipe electivo, llevada á cabo segun los principios de la constitucion. Sin embargo, en la Edad Media, tanto el monarca déspota como la absoluta potestad del Papa, fueron poderes no ménos legítimos que los príncipes dinásticos que derivaban su soberanía ó su dignidad episcopal respectivamente del Imperio ó del Pontificado. Asimismo, en la república se hizo manifiesta la antítesis existente entre el régimen revolucionario y el constitucional, puesto que en la república se pusieron en juego elementos revolucionarios.

b) En segundo lugar, porque las ideas patrimoniales son siempre mal recibidas por el sentimiento moderno del pueblo y del Estado, como rancias y contrarias á la justicia, por

lo cual no se permite la creacion de ninguna legitimidad de hecho.

e) Por último, porque toda idea mística no sólo es ininteligible para los pueblos, sino tambien inadmisible. Así, todo el que adora en la historia del mundo la divina intervencion deja en manos de la Providencia lo mismo absolutamente el cambio de sistema de gobierno del Estado y la exaltacion de un nuevo príncipe, que la continuacion de la dinastía más antigua.

Por otra parte, todo el conjunto de las ideas propias de la teoría legitimista, se presenta como irrealizable é irreducible á práctica. Ni áun en los primeros tiempos de la restauracion del Congreso de Viena, fué posible restituir á su primitivo estado todas las dinastías de la Edad Media. Despues de las protestas de Inglaterra y de los Estados aliados de América (doctrina de Monroe), fácil fué explicar que el principio de la legitimidad no era, como á los comienzos se creyó, aplicable á las colonias americanas y poderes constitucionales de Europa. Entónces tuvo lugar la revolucion griega contra el legítimo Sultan, 1822; la revolucion francesa contra los antiguos Borbones, 1830; la revolucion belga contra la casa de Orange, 1830. Los acontecimientos, en fin, del año 1848, los cambios del reino de Italia, 1859, 1866, 1870, y de Alemania 1866 y 1871, destruyeron toda la fé que acerca de tan inútil principio pudo en otros tiempos profesarse.

La teoría legitimista que se presenta como defensora de un principio de derecho, no sólo fundado en la moralidad, sino en el ideal, renuncia el espíritu vivificante del derecho. Quiere mantener intacta una forma muerta, y hace imposible la vida. Miéntras que para sus futuros fines conserva una mómia, desestima la necesidad y el progreso de la vida del Estado. El desarrollo de la historia es ininteligible para ella, y tornando sus ojos exclusivamente á lo pasado, no se da cuenta del progreso del tiempo presente. No puede dolerse de que la historia universal pase junto á ella sin tener en cuenta para nada sus estériles protestas, pudiendo, por consiguiente, aplicársele las palabras de Cristo: *Dejad á los muertos enterrar á sus muertos*:

No existe un solo Estado que pueda tener vida con semejantes ideas legitimistas, pues todo el órden universal de las cosas está contra ellas, y el juicio de la historia univer-

sal las ha condenado desde muy atrás. Para afrenta de todo esto, en nuestro siglo, se ha tenido la audacia de evocar nuevamente el aspecto de esta ya exánime legitimidad, en consecuencia de lo cual ha entrado la confusion en los espíritus, y con actos vanos y perniciosos, se ha hecho andar por falsos caminos á la práctica. Con estos principios, empero, aún no queda vencida la dificultad que hay en aclarar en general el cambio de la soberanía y del órden del Estado. En estos trances, los pueblos orientales acudían á la fé religiosa de que Dios ó los dioses mismos habían querido las revoluciones políticas que presenciaban. «Dios eleva y abate á los príncipes y á las naciones segun su voluntad.» Para nosotros, sin embargo, que á la humana tratamos de aclarar el derecho público, de nada puede servirnos el recurso de acudir á la inescrutable voluntad de Dios.

Los antiguos Romanos acudían con el mismo fin á la voluntad del pueblo que consideraban como verdadera fuente de todo derecho público, y tenían el pronunciamiento del procónsul de una provincia, como abominable crímen de Estado. Pero cuando el procónsul insubordinado conseguía entrar triunfante en Roma y era reconocido, tanto por el Senado como por el pueblo, como legítimo emperador, desde aquel momento y en virtud de la legítima voluntad popular quedaba constituido en legítimo señor, miéntras que el vencido antecesor dejaba de serlo.

Esta manera de ver las cosas corresponde en nuestros dias al derecho público de las modernas repúblicas, habiendo sido proclamada esta idea en el hecho de la independencia de los Estados-Unidos de América, el 4 de Julio de 1776 de nuestra era. Tambien otros muchos pueblos, áun monárquicamente regidos, se han apoyado en esta base, y cada cambio ha sido legítimamente llevado á cabo por haber variado la voluntad del pueblo.

Pero por lo que respecta á la constitucion *monárquica* del Estado, nos salen, sin embargo, al encuentro algunas consideraciones importantes. Cierto es que áun en la misma monarquía debe tenerse muy en cuenta el asentimiento y en cierto modo la aceptacion del pueblo, como elemento muy considerable para la nueva formacion del derecho; mas con todo la voluntad del pueblo, esto es, de la mayoría de los gobernados, no puede, por consiguiente, destruir por sí solo el derecho hasta el presente existente del monarca, y fun-

dar una nueva soberanía, puesto que la constitucion monárquica profesa solamente la unidad dinástica con la cámara popular, sin conceder á ninguna de las dos partes el derecho de trasformar la constitucion.

Parécenos que la solucion del problema debe encontrarse en la *ley natural* de la *evolucion*, pues, á más del derecho público, considerado en su existencia, tenemos que tener en cuenta el *desarrollo* que en él se manifiesta; porque el Estado tiene la historia de su propia vida, á cuya corriente se une, y, cuando en el trascurso del tiempo realmente se transforma manifestándose *absoluta* y *permanentemente* la marcha progresiva de los acontecimientos, entónces no sólo muere el derecho antiguo, sino que, como impracticable é inútil, desaparece de la haz de la tierra, dando lugar á que aparezca el nuevo órden de cosas y se manifieste en toda la plenitud de su vida.

El príncipe hereditario, una vez proscrito, pierde su derecho, no ya por el momentáneo obstáculo que pueda oponerse á su gobierno, sino por el estado de permanencia que hacen lleguen á perderse las probabilidades de que las cosas vuelvan á su primitiva manera de ser. El Estado vive sin este requisito, y en vano el monarca depuesto querría hacer valer algun derecho público contra la sociedad que lo arrojara de su seno. Asímismo el nuevo monarca que quizás ha llegado á empuñar las riendas del Estado por un acto de violencia, no pasa en un instante á ser príncipe legítimo ni áun siquiera en la sucesion del tiempo que trascurra desde la usurpacion, á no ser que el nuevo órden del Estado sea generalmente considerado por la conciencia del pueblo como estable y absolutamente necesario.

NOTAS. 1. Niebuhr, *Historia de la revolucion* I, pág. 212, dice expresamente: «Es innegable que vale para el derecho público la prescripcion de la usurpacion, como para el derecho privado la prescripcion de la posesion.»

2. A mediados del siglo VIII, el papa *Zacarías* y la nacion *francesa* dieron al mundo un importante y notabilísimo testimonio contra la falsa legitimidad, definiendo aquél el derecho: lo que puede dar valor al nombre del rey que ejerciese con independencia los oficios y la consolidada potestad real, y elevando, apoyado en este principio, á dinastía real la ducal de los Carlovingios, así como negando el título de rey á los Merovingios que desde

muy atrás tenían más la apariencia que la realidad del poder soberano.

3. El emperador *José* II de Austria, en su famosa carta al rey *Federico* II de Prusia sostiene las teorías legitimistas á favor del rey en sentido muy afin con la teoría de los hechos consumados: «Vuestra Majestad, decía, es monarca, y, en este caso, no le son desconocidos los derechos de la potestad régia. Mi empresa contra los Turcos no es más que una *legítima* tentativa para volver á tomar posesion de aquellas provincias que en el curso de los tiempos y como consecuencia de malhadados acontecimientos, fueron arrebatadas á mi corona. Los Turcos, y creo no son ellos solos, tienen por máxima de Estado: «*Recuperar en tiempos propicios lo que se hubiere perdido en tiempos calamitosos.*»

4. *Brockhaus*, en su obra, *Principio de la legitimidad*, impresa en Leipzig, 1868, propone la idea de la legitimidad como idea de derecho, pero quiere defenderla como conforme con la moral (con la política). Desde un principio fué esta idea proclamada, poco más ó ménos, como lo fué despues, como idea de derecho, y creemos que no debe perpetuar su existencia como idea moral desde el momento que pierda aquel carácter primitivo. Pero cuando el referido autor aclara el título de posesion del poder público, presentándonoslo como título en un todo conforme á las leyes, despoja directamente de su carácter jurídico al más encumbrado de los derechos públicos, al llamado á defender á todos los demas, y lo equipara en un todo con el poder efectivo, y áun con la falta de derecho que impone la fuerza.

LIBRO SEGUNDO.

ORGANOS DE LA LEGISLACION Y LA LEY

CAPITULO PRIMERO.

HISTORIA DEL DESARROLLO DE LA CONSTITUCION REPRESENTATIVA.

1.—Dietas del Imperio francés. 2.—Parlamento inglés.

El espíritu humano ha trabajado por espacio de más de dos mil años hasta llegar, de la forma aún ruda de las antiguas asambleas populares, á la más perfecta formacion de los cuerpos representativos, sin que hasta hoy pueda decirse que ha llegado á poner cima á su obra.

I. Las antiguas *dietas del reino* de la Monarquía franca manifiestan por muchas relaciones importantes cierto retroceso hacia los comicios de las centurias romanas. Pero ni el método de las diversas clases y centros que en ellas tomaron parte estaba tan firmemente asegurado ni las consultas y votaciones se presentaban tan perfeccionadas como entre los Romanos, siendo tambien de notar que despues sólo tomó en ellas principalmente asiento la aristocracia de los señores tanto láicos como, eclesiásticos, siendo únicamente en casos muy excepcionales consultada la voluntad del pueblo, de suerte que, por regla general, tan sólo se le anunciaba la ley (1).

Pero bajo un punto de vista verdaderamente mucho

(1) Véase el tomo I, lib. VI, cap. II, sobre los empleos.

más importante, en las instituciones francesas existe un gran progreso. Las antiguas asambleas populares estaban formadas por los habitantes de una ciudad, considerada al mismo tiempo como centro del Estado, miéntras que estas Dietas del reino se fundaban en un pueblo que por todas partes dominaba sobre vasto territorio, reuniéndose en ellas principalmente los *duques*, que, por otra parte, contaban en su seno con partidarios y con poder sobre determinadas regiones. En las grandes Dietas de primavera, los cortejos que acompañaban á los señores y la multitud de los guerreros libres que asistían, daban tanto auge á la reputacion y autoridad de los grandes, que el pueblo veía en la aristocracia su *guía* y su *representacion*.

El rey acudía con su Consejo, esto es, con la *Cámara alta de los señores (seniores)* para deliberar y tratar, y en algunas ocasiones se ensanchaba la esfera de los que asistían á las reuniones, escuchando las indicaciones de la aristocracia de los *menores (minores)*, la cual, sin embargo, debía contentarse las más de las veces con oir lo que el rey y los señores determinaban, y sólo en tercer término escuchaba el pueblo de los hombres libres allí presentes las determinaciones de sus jefes.

Muy difícil es determinar, si sobre la forma de estas Dietas y sobre la representacion que en ellas tenía la *aristocracia* ejercieron alguna influencia las antiguas asambleas de los Estados provinciales *galos* (1) ó la antigua y alta posicion de los *druidas* y señores. Al estudiar su esencia vemos en ellas una institucion germánica, porque en todos los confines de los pueblos alemanes encontramos, tanto en éste como en los siglos siguientes, el crédito é incremento de la aristocracia que, ya en la primitiva Constitucion germá-

---

(1) Las asambleas anuales de Arlés, que en la primera mitad del siglo V fueron concedidas á la Galia Meridional por la dominacion romana, interviniendo en ellas los altos *empleados, ya láicos, ya eclesiásticos*, los *dignatarios (honorati)* y los grandes *propietarios de bienes (possessores)*, fueron tan notables, porque los caballeros de regiones lejanas que personalmente no podían asistir, podían ser *representados por sus delegados (legati)*. *Const. Honorii et Theodosi*, a. 413. «Illustris magnificentia tua id per septem provincias in perpetuum faciet custodiri, ut ab Idibus Augusti in Idus Septembris in Arelatensi urbi noverint *honorati. possessores vel judices singularum provinciarum* annis singulis *concilium* esse servandum.» El prefecto dirigía la asamblea que deliberaba acerca de los intereses de la provincia y de las ciudades.

nica, como enseña Tácito, ocupaba posicion muy elevada.

II. En tiempos muy primitivos, el *sistema representativo* alcanzó en Inglaterra forma aún más perfecta, por lo cual precisamente la exposicion de los más altos grados de desarrollo se apoya en la historia del *Parlamento inglés* (1).

La *Witenagemot* anglo-sajona de los *reyes normandos*—los cuales del mismo modo acostumbraban tener sus aristocráticas dietas en Normandía, estando algunas veces obligados á ello—hasta principios del siglo XIII no fué trasformada en *gran concilio* de la nacion, en su más alta forma y adornado con los mayores derechos políticos. Este gran concilio se fundaba entónces en su mayor parte en el sistema feudal, y en él se tenían las revistas de los vasallos y las fiestas de córte. Segun la Carta Magna de Juan II, en 1215, tenían derecho y áun obligacion de acudir á tomar parte en estas reuniones *todos los vasallos directos de la corona*. Los grandes, arzobispos, obispos, abades, condes y los grandes barones, debían ser *particularmente* invitados por el rey por medio de *letras personales*, miéntras que, por el contrario, los restantes vasallos régios eran invitados *en general* por sus respectivos vizcondes y procuradores (2).

En el trascurso del siglo XIII, se aumentó el Parlamento á consecuencia de la lucha de la nobleza con el rey *Enrique III*, librándose al propio tiempo de los lazos que le unían á la constitucion feudal, y elevándose, por lo tanto, á verdadera institucion *nacional*. Los momentos capitales para la formacion del Parlamento inglés, son los siguientes:

1.° Ademas de la representacion de los príncipes eclesiásticos, se admite tambien la del *bajo clero*, principalmente cuando debían tratarse en el Parlamento las relaciones eclesiásticas, de modo que el bajo clero debía elegir en cada uno de los decanatos ó archidiaconados dos *representantes con plenos poderes* y enviarlos como diputados al Parlamento (3). El clero, pues, era representado *como agru-*

(1) Véanse las obras de Hallam, Blackstone, Cox, May, Gneist, Fischel y Todt.

(2) *Magna Carta*, fól. II: «Et ad habendum *commune consilium regni* de auxilio assidendo—submoneri faciemus Archiepiscopos, Episcopos, Abbates, Comites et majores barones *singillatim* per litteras nostras. Et preterea faciemus submoneri *in generali* per vicecomites et ballivos nostros omnes illos, qui de nobis tenent in Capite.»

(3) El antiguo escrito *Modus tenendi Parliamentum*, impreso por

pacion, y á los principios muy frecuentemeate se reunía como parte de Parlamento existente por sí y separada de las demás. Posteriormente, sin embargo, se estableció la costumbre de que los *señores eclesiásticos, reunidos con los señores láicos*, constituyesen una sola Cámara de *Lores*, en la cual se hacía la votacion sin respeto á la diferencia de agrupaciones y de personas (1).

2. Desde un principio, los condes y grandes barones, con los restantes caballeros del reino, formaban una sola asamblea, en tanto que, ya en los tiempos más remotos, los señores *personalmente* invitados *(majores, barones, primæ dignitatis)* como las más poderosas y principales baronías —para las cuales, sea dicho de pasada, el *Modus tenendi parliamentum* exige por lo ménos trece haciendas de caballeros,—habían adquirido en dicha asamblea mayor autoridad y muy frecuentemonte á ellos solos debía escucharse. El *Privy Conneil* constituye la médula, digámoslo así, de esta aristocracia, en que se comprenden los poseedores de los supremos cargos del reino en la Córte, en la Iglesia, en el Ejército, en la Magistratura y en la Hacienda (7). En el siglo XIII se estableció más determinadamente la línea divisoria entre la alta aristocracia y los caballeros.

3. A todo esto vino á juntarse el *acrecentamiento* de los caballeros. En efecto; en los condados próximos á los vasallos directos del rey existían otros muchos, acaso más ricos que los anteriores, y que estaban bajo la jurisdiccion de los príncipes, de los condes y señores, los cuales, juntamente con los caballeros del reino, formaban parte del Concilio é intervenían en la administracion del condado. Ya no era, como ántes, costumbre llamar en masa á tomar asiento en el Parlamento á los últimos de los vasallos directos, ni todos asistían, ni parece cosa aceptable la presencia de tan gran número de gente para componer un *ordenado congre-*

Unger, en la *Historia de los Estados provinciales*, 1, pàg. 284; segun *d'Acher* y *spicileg*, III, pág. 394, no es ciertamente documentotan antiguo, como él mismo se explica, ni tampoco del siglo XII, segun opinan muchos, sino que verosímilmente puede remontarse á los últimos años del siglo XIII; pero, en cambio, como exposicion del antiguo Parlamento, es documento sumamente interesante. El primer capítulo trata de los miembros eclesiásticos. Véase tambien la carta de invitacion de Eduardo I, en 1295, en los *Ensayos de Guizot*, etc., pág. 332.

(1) Véase sobre esta materia á Blackstone, I, 2, 2.

(2) Gneist, *ingl. Const.*, II, 914.

so de diputados de la caballería. De cada uno de los condados debían intervenir dos caballeros, representantes de su clase y de la de los otros, de donde era cosa natural que en la eleccion del condado tomasen tambien parte los demás *poseedores libres de los feudos* que no participaban ménos de los impuestos y demás intereses territoriales. Por esta innovacion que comenzó en la mitad del siglo XIII, ta *representaciou de los poseedores considerables y libres de los fundos*, fundada en la *eleccion*, fué concedida á los elementos propios del Parlamento (1). El carácter de una *representacion de los poseedores libres de fundos*, no sólo fué ennoblecido á consecuencia de la anterior determinacion, sino que tambien quedó notablemente ensanchada dicha representacion por la admision al derecho electoral de todos los libres poseedores que sacasen de los bienes libres determinada renta anual, renta que en un principio fué de 40 schelines y luego de 40 libras por el acta de reforma de 1832, con la admision de los poseedores de bienes libres ó enfitéuticos, con tal que satisfaciesen á la entrada 10 libras y con la de los mayores arrendatarios temporales (2).

4. Un elemento enteramente nuevo intervino despues para la representacion de las *ciudades* y *burgos*. Primeramente, el conde *Simon de Montfort*, en nombre del rey Enrique III, entónces prisionero, en el año 1260, llamó al Parlamento diputados de un gran número de ciudades y de burgos, buscando en ellos algun refuerzo para su poder (3).

En un principio se entablaban negociaciones entre el rey y cada una de las ciudades cuando se pedían á éstas contribuciones, lo cual estaba expresamente prevenido en la *Carta Magna* de 1215, en lo que á la ciudad de Lóndres se refiere. Mas entónces, por primera vez, se decretó la Asamblea de diputados de la burguesia, habiéndose despues mejorado la intitucion en el reinado de Eduardo I (1271-1307).

---

(1) Convocatoria de Enrique III en 1254. Los jefes debían elegir en cada condado: «duos legaliores et discretiores milites, vice omnium et singulorum,» *Modus ten. parl.*, c. 4: «eligi facerent quilibet de suo comitatu *per ipsum comitatum* duos milites idoneos et honestos et peritos.»

(2) Blackstone, l. 2, 5. R. Pauli, *Disertacion sobre la antigua Inglaterra*, 1861, p. 79.

(3) Convocatoria de 1264: quod mittant duos de discretioribus, legaloiribus et probioribus *tam civibus quam burgensibus suis.*»

En los primeros tiempos se distinguían los diputados de los *cinco puertos de mar*—barones al principio, no burgueses—segun fuesen de las ciudades (*cives*) ó de burgos (*burgenses*). Estos ocupaban el último puesto, porque la riqueza y crédito de las ciudades daba á los de éstas más alto valor (1). Posteriormente ambos elementos se reunieron en un cuerpo, cuya importancia aumentaba contínuamente, y el Parlamento, en su conjunto, adquirió nuevo carácter. Al lado de la antigua y poderosa aristocracia hereditaria fueron así colocados dos nuevos elementos—caballeresco uno y democrático-representativo el otro,—votados por la eleccion democrática.

5.° Esta nueva fase del desarrollo alcanzó mejor aspecto al formarse la *Cámara baja*. Por mucho tiempo la posicion de los caballeros anduvo vacilando entre tres diferentes partidos, sin saber si debía unirse á los barones, formar Cámara aparte, ó unirse á los burgueses. Durante el reinado de Eduardo III (1327-1377) prevaleció la última de las anteriores ideas, y á la *Cámara de los señores* (Lords) siguió la Asamblea de los *comunes* (*Commoners*), como *Cámara baja: les communaltes des ditz Countetz, Cites, Bourghs* et autres lieux du roiaume,» como se dice en el Estatuto del año 1335. Advirtamos que, segun parece, cayó en desuso la representacion del bajo clero mientras que, por el contrario, á contar desde 1299 fueron tambien enviados diputados por las Universidades de Cambridge y de Oxford.

Esta division del Parlamento, sobre la cual estaba el rey, en dos Cámaras, que, en cierto modo, representaban los intereses de la alta aristocracia, de la baja, de la democracia, y particularmente la union de los caballeros y de los burgueses, del territorio y de la ciudad, cuyos respectivos diputados derivaban sus poderes de la eleccion popular, distingue la institucion inglesa y constituye el modelo del sistema de las dos Cámaras posteriormente adoptado.

6.° Esperóse algun tiempo hasta que el principio de la *unidad del Estado*, contrapuesto á la *particularidad de posiciones y de intereses* de cada una de las agrupaciones invadiese todo el Parlamento. Entre tanto este gran progreso se obtuvo en Inglaterra á fines del siglo XIII. *El Modus*

(1) En el *Modus ten. parl.* se hallarán determinaciones exactas acerca de esta materia.

tenendi parliamentum ya habla de esto terminantemente y, aunque entónces aún se distinguían seis grados de Parlamento (rey, señores espirituales y diputados del bajo clero, señores laicos, caballeros, ciudadanos y burgueses) todavía, en dicho documento, hallamos los datos de la manera particular por la cual podía llegarse á la unidad. En casos graves, esto es, cuando las opiniones fuesen divergentes, los tres oficiales de la Córte con el consentimiento del Parlamento podían escojer de entre todas las agrupaciones veinticinco miembros, á saber *a*) dos obispos y tres diputados del clero, *b*) dos condes y tres barones, *c*) cinco caballeros de condado, *d)* cinco ciudadanos de ciudad, *e*) cinco hombres burgueses, los cuales, mediante la eleccion, podían reducirse primero á doce, éstos á seis, éstos á tres y éstos, con el consentimiento del rey, á uno, de suerte que lo dispuesto por este último, en caso de llegar mediante elecciones sucesivas á él solo, valía como si hubiese sido dispuesto por el Parlamento en masa (1).

7.° La Cámara de los *Lores* conserva aún más el carácter de *alta y personal* aristocracia, desde que la eleccion para ser miembro de ella debió estar en conexion con determinados señoríos y pasó por la sucesion familiar, miéntras que en el continente la dignidad de un alto señor parlamentario se alteraba por estar en cierta manera ligada á algunos de los señoríos del mismo. La reforma y abolicion de los monasterios en el siglo XVI disminuyó notablemente el número de los señores espirituales, mientras que por el contrario, los láicos eran de tiempo en tiempo aliviados, gracias á las promociones régias, y aumentados por la admision de los doce *jueces mayores* para los procesos.

Luego que Escocia (1707) é Irlanda (1800) quedaron anexionadas á Inglaterra, intervinieron en la Cámara que nos ocupa veintiseis pares elegidos de la nobleza escocesa, y cuatro eclesiásticos y veintiocho pares laicos irlandeses.

La gran mayoria de la Cámara (sobre cuatro quintas partes) se compone de la nobleza hereditaria que es completada por la nobleza de profesion, tanto eclesiástica como laica, y por los pares electos. Esta nobleza ya no es como anteriormente lo había sido, una congregacion de señores, de

---

(1) *Mod. ten. parl.; c. 9.*

prelados y de militares, sino la clase principal y hereditaria de la conocida con el nombre de *Gentry*.

La autoridad y poder de la *Cámara baja* empieza particularmente en la Reforma, y sobre todo despues del último violento torbellino revolucionario del siglo XVII, y en las luchas con los reyes de la casa Stuart por la libertad de los burgueses. El centro de gravedad, digámoslo así, pasó totalmente de la Cámara alta á la Cámara baja. Las impetuosas controversias confesionales de los siglos XVI y XVII tuvieron, sin embargo, por efecto cierta limitacion para que formasen parte del Parlamento los secuaces de la confesion protestante. Sólo en el año 1829 los católicos romanos, exceptuados los sacerdotes, fueron declarados capaces de entrar en el Parlamento como pares ó como comunes (1).

De alta importancia fué para la composicion de la Cámara baja el acta de reforma llevada á cabo en 1832 (2) por el ministerio Russel-Grey. Mucho se habían mudado las condiciones de los tiempos, desde que por primera vez quedaron indicadas las ciudades y búrgos que debían enviar representantes al Parlamento, de modo que un gran número de los últimos particularmente se empequeñecieron y cayeron en plena dependencia de la alta aristocracia, la cual, por lo demás, era suficientemente considerada en la alta Cámara. Por el contrario, existían ciudades particulares que habían aumentado su poblacion y riqueza y otras que, fundadas en época reciente, habían alcanzado gran reputacion sin que por eso tuviesen representacion en el Parlamento, así como algunos condados con relacion á otros habían adquirido mayor importancia. El bill de reforma quitó totalmente 56 «enmoecidas manchas» al derecho de eleccion, limitó en éste otras limitaciones electivas, ensanchó el mismo en favor de las mayores ciudades, y sobre todo, hizo esfuerzos para que la representacion nacional se acomodase más al significado del círculo hetereogéneo que la componía. El influjo de la alta aristocracia en la eleccion de la Cámara baja fué por ende aminorado, y reforza-

---

(1) El acta la hallarán nuestros lectores en la lengua original, y traducida al aleman en Schübert, *Documentos constitucionales*, tom. I, pág. 193.

(2) No estará demás copiar aquí el siguiente cuadro acerca de la forcion del Parlamento inglés despues del bill de reforma:

da la participacion de la burguesía y principalmente de las clases industriales (1).

Aún más allá fué en el mismo sentido el nuevo bill de reforma de Disraelis, publicado en 1867, en virtud del cual se aumentaba el número de electores, llegando á aproximarse al sistema del sufragio universal. El número de electores ilusionó en 1868 á 2.235.256 personas colocadas frente á frente de algo más de un millon de votaciones despues de la anterior ley. No os opongais á esta manifestacion del sufragio universal, ni dejeis que la Cámara baja pierda su carácter fundamental. De los 658 miembros que en 1868 fueron votados, además de casi 100 grandes propietarios, 57 barones y 117 grandes industriales, no hubo ni un sólo candidato de las clases inferiores y trabajadoras que consiguiese tomar asiento en el parlamento.

CÁMARA ALTA.

Príncipes de sangre real	3	
Duques	26	
Marqueses	31	(33) *
Condes	147	(168) *
Vizcondes	26	(32) *
Barones	132	(147) *
Arzobispos	3	
Arzobispos y Obispos anglicanos	27	
Pares escoceses	16	
Pares represntantes irlandeses	28	
Miembros	439	

CÁMARA BAJA.

	A. Inglaterra.	
1	De los 40 condados	143
2	De las ciudades y burgos	324
3	De las universidades	4
		471
	B. Gales.	
1	De los 12 condados	15
2	De los burgos	14
		29
	C. Escocia.	
1	De los 30 condados	30
2	De las ciudades y burgos	23
		53
	D. Irlanda.	
1	De los 32 condados	64
2	De las ciudades y aldeas	39
3	De la universidad de Dublin	2
		105
		658

* En este número entran escoceses é irlandeses.
(1) Idem., pág. 221.

CAPITULO I.

III. El desarrollo de las clases en otros Estados.

En el continente europeo se manifiestan aspiraciones y tendencias hacia la formacion de un sistema representativo totalmente parecido al que acabamos de estudiar en Inglaterra. Pero desde la formacion de los ejércitos permanentes y á consecuencia de las grandes y frecuentes guerras que despedazaban à Europa llegó á interrumpirse en todas partes la conexion del desarrollo áun ántes de haber podido adquirir forma nacional.

1. Antes que en algun otro lugar, y al propio tiempo en no pequeña escala, encontramos cierta amplitud en la participacion en el gobierno por parte de las diferentes clases, en la Península Ibérica. El reino de Aragon era, en efecto, una república, al frente de la cual se hallaba un rey, y en sus Córtes no sólo estaba representada la nobleza, que, descendiendo en su mayoría de familias germánicas había reconquistado, espada en mano, el país del poder de los sarracenos, y el *clero*, cuya influencia debía ganar en importancia por las luchas de los cristianos contra los moros, sino tambien, desde los principios del siglo XII, las *ciudades* en las cuales la poblacion cristiana de orígen latino había alcanzado preponderancia para poder tomar parte en las sesiones de las *Córtes*, cuyo poder era superior al del mismo rey. Célebre es la antigua fórmula de homenaje de las Córtes de Aragon y digna de ser transcrita en este punto por venir á corroborar nuestro aserto: «Nos, que valemos tanto como vos, y que podemos más que vos, os hacemos nuestro rey, señor, con tal que guardeis nuestros fueros, si no, nó.» Un solo miembro de aquellas asambleas que fue-

se contra la unanimidad de los demás votantes era suficientemente poderoso para frustar la realizacion de las propuestas reales. Cuando surgían contiendas entre el príncipe y las Córtes intervenía para la respectiva composicion el juez superior llamado *Justicia*, independiente del rey, y que sólo tenía que responder de sus actos á los demás poderes del Estado reunidos, y desde luego puede comprenderse que estas disidencias interiores habían de hacer de todo punto imposible la unidad del Estado.

Ya en 1169 se presentaron en Castilla diputados para tomar parte en las Córtes de Búrgos, de modo que en el año 1188 había en ellas representantes de 47 ciudades que en 1315 se elevaron á 90. El siglo XV fué tambien en Castilla la era del poder de las diferentes clases, y los procuradores de las ciudades se habían sobrepuesto al mismo clero y hasta la nobleza. Pero la envidia de las ciudades más influyentes, Búrgos y Toledo, por una parte, y por otra las mútuas luchas de las principales familias y las que tenían lugar con el pueblo restante, tuvieron por efecto la incipiente decadencia del poder aunado de las ciudades, hasta que, por causa de las divisiones interiores, llegó al desastroso fin de la sublevacion de las ciudades contra Cárlos V. (1520).

A fines del siglo XVI, Felipe II, rey de España, llegó á quebrantar el poder de las Córtes, y aunque todavía se guardaban las formas, sin embargo, cayó desmoronada la independencia de las clases, existente en la Edad Media, y sobre las ruinas de la libertad y bienestar civil erigió la soberanía absoluta ese trono que nuestro siglo ha visto demoler (1).

En las Córtes que Alfonso I, proclamado rey de Portugal en el campo de batalla y confirmado despues por el Papa, había reunido en 1143 en Lamego, con el fin de dar leyes fundamentales al nuevo reino, al lado de los arzobispos, obispos y otros nobles, tomaron tambien asiento los procuradores de varias ciudades portuguesas (2). El rey se hizo confirmar despues por la Dieta, y cumplida esta formalidad,

---

(1) Véase á Ranke en su obra *Príncipes y pueblos de la Europa meridional* I, pág. 252 y sig.

(2) En la obra *Leges Lamenecenses*, impresa por Schubert, *Const.* II, pág. 127, encontramos las siguientes palabras: «procuratores bonam prolem per suas civitates, per Colimbriam, per Viramanes, per Lamecum,» etc.

con la espada desenvainada en la mano, pronunció las siguientes palabras: «Con esta espada os he libertado, venciendo á nuestros enemigos, y vosotros me habeis hecho vuestro rey y compañero. Habiéndome elevado á tal rango, hagamos ahora leyes que aseguren la paz de nuestro país.» Todos los asistentes contestaron: «Así lo queremos, señor y rey.» Entónces el monarca se dirigió sin pérdida de tiempo á los obispos, á los indivíduos de la nobleza y á los procuradores de las ciudades, los cuales, puestos de acuerdo, dijeron: «Hagamos, ante todo, las leyes relativas á la sucesion del rey,» de donde quedaron establecidas las leyes de sucesion. Durante varios siglos se mantuvo en Portugal cierta legislacion libre, hasta que la mayor fuerza militar, primero, y la riqueza y ambicion de los reyes despues, llegaron á ser sus más peligrosos y perjudiciales enemigos. Sin embargo, la legislacion de que tratamos, fué más tarde restaurada en lo esencial, al sentarse en el trono la casa de Braganza (1641), y «las tres clases, es decir, el *clero*, la *nobleza* y el *pueblo* del reino,» recobraron el derecho «de negar la obediencia al tirano, de reconocer al nuevo rey, y de fijar con él la legítima sucesion al trono.» Durante el siglo XVIII acabó tambien el sistema de las clases sociales. Ya en 1643 había sido establecida una «Diputacion de los tres estados» (Junta dos tres estados) con la cual se entendía el Gobierno con más gusto que con los mismos estados por aquélla representados, y si en la segunda mitad del siglo XVII eran muy raras la ocasiones en que se convocaban Córtes, en el siglo XVIII desaparece por completo la convocatoria, hasta que finalmente, en nuestros tiempos, hemos asistido á la resurreccion de semejante institucion, que hoy se presenta bajo nueva forma (1).

2. En la Europa central, lo mismo que en Inglaterra, la representacion de las ciudades y respectivamente de la *burguesía*, no llega á ser real hasta el siglo XIII, y, aunque una antigua crónica de los Normandos nos refiere que Guillermo el Conquistador, al hacer los preparativos de guerra para hacer valer sus pretensiones sobre Inglaterra, convocó tambien una Dieta «de los notables de las ciudades normandas» *(gens notables de bonnes villes de Northmandie)*,

---

(1) Véase á Schubert, *Const.* II, pág. 136 y sig.

justamente con los «Barones» para dar en ella leyes y ordenanzas (1): tampoco no debe olvidarse que este documento fué seguramente desfigurado por la diferente manera de ver, en tiempos posteriores, las cosas; pues las antiguas crónicas únicamente hacen mencion de la *nobleza*.

Antes del siglo XIII, los habitantes de las diferentes poblaciones se nos presentan aún mezclados con la muchedumbre de los *suburbios* y formaban parte no separada de la plebe, ó, si tal vez eran atendidas las ciudades, éstas eran representadas por *prohombres* y *corregidores* como los restantes señoríos (2).

Los reyes de Francia, por el contrario, allá por los años 1227, 1240, 1245, 1256, etc., admitían ya á los ciudadanos de las «buenas ciudades» á la deliberacion de importantes asuntos con intencion de conciliarse su favor. En el reinado de *Felipe* el Hermoso fueron convocados por vez primera, en 1302 (3), los *tres estados, (clero, nobleza* y *pueblo)*, para que tomasen parte en una asamblea general, por querer el rey, en sus contiendas con el Papa Bonifacio VIII, asegurarse del consentimiento y ayuda de nacion, hasta que en tiempos de Luis X (1314-1316) se miró ya como principio establecido de derecho que, sin la aprobacion de los tres estados, no se podía imponer forma alguna de contribucion. A mediados del siglo XIV, los estados habían empuñado las riendas del gobierno, y entre ellos el tercero, había adquirido la preponderancia sobre los demás, hasta que llegando á sus últimos límites el movimiento democrático, dejó el poder en manos del voluble populacho, pereciendo por consecuencia de sus excesos. Habiendo aumentado despues la reaccion el poder real, hubo un tiem-

---

(1) Véase la obra *Scriptores rer. Gall.* en *Bouquet XIII*, pág. 221, y la *Historia de los Estados de Unger*, I, p. 226, 277.

(2) Otro tanto puede decirse de las asambleas conocidas en Alemania con el nombre de *Hoftagen*, en las cuales se congregaban los principales príncipes alemanes que por influencia del feudalismo, de las anteriores Dietas provinciales, de las estirpes, derribaron los acuerdos provinciales *(placita provincialia)*, debiendo presentarse en la asamblea segun la recopilacion de Schwabenspiegel (Wackernagel, c. 118), los *príncipes*, *condes*, *libres* (señores) y *vasallos* «die bürge und stete (Burgen und Städte) in ir lande kant» (que poseen burgos y ciudades en su país).

(3) Tambien en la Bretaña aparece por primera vez el tercer Estado en el año 1309, en la Asamblea de Ploermel. Shäffner, II, p. 171.

po (1383-1412), en que fué permitida la convocacion de los estados del reino. Sin embargo, desde la reforma de 1413, volvieron á reunirse con bastante frecuencia, como tambien lo hicieron en el siglo XVI. A pesar de que desde Luis XI el sistema monárquico-absoluto fué echando raíces cada vez más profundas en Francia, todavía la historia registra algunas reuniones de los *Estados generales (états généraux)*, como, por ejemplo, las que tuvieron lugar en 1560, 1576, 1588 y 1593. Por último, si desde Luis XIV (1643-1715), las vemos sepultadas en el olvido más completo, la tempestad de la Revolucion logra por último darles vida (1).

Estos estados se consideraban en primera línea como representantes y defensores de los intereses particulares de las *diferentes corporaciones*. Cada estado votaba por sí, y cada uno de los diputados de las ciudades recibía instrucciones de sus mandantes; mas no por esto debemos creer que la institucion llegase á la perfeccion de forma nacional ni tampoco á alcanzar existencia duradera y bien establecida.

3. Esta fué precisamente la marcha del desarrollo de la legislacion de los *Estados provinciales* en el territorio *aleman* durante el siglo XIII, y todavía con más razon durante el siglo XIV (2). La representacion de las *ciudades* en las *asambleas alemanas* no empieza á marchar con regularidad hasta el reinado de *Rodolfo* de Habsburgo (1272-1291), mas así como el Colegio de los electores ó el de los príncipes y nobles, nunca llegó á constituir la alta Cámara; así tambien los *escaños* ocupados por las ciudades, tampoco lograron pasar á formar la Cámara baja. Predominante era á la sazon el punto de vista histórico que hacía, tanto en uno como en otro caso, fuesen en sustancia representados tanto los *principados independientes* como las *repúblicas*, por sus *jefes*, y no por las diferentes colectividades del pueblo, así como que los señores de alguna region ó ciudad tuviesen derecho y obligacion de conservar íntegra su independencia y su dominio sobre los territorios con respecto

---

(1) Shäffner, *Hist. del Derecho francés*, II, p. 276 y sig. Rathery, *Histoire des états generaux*, París, 1845.

(2) Véase el artículo intitulado *Estados provinciales* de K. Maurer en el Diccionario político aleman.

al emperador, lo cual, como es manifiesto, no podía ménos de impedir el desarrollo del parlamento nacional.

Dentro de las diferentes regiones de Alemania, llegó á formarse, casi generalmente, la constitución de los Estados provinciales, en los cuales tenían parte los tres Estados, al principio convocados separadamente, pero despues se reunieron en asamblea comun conocida con el nombre de *Landschaft* ó *Landtag*, los elementos que á continuacion enumeramos.

a) Los prelados de la provincia, obispos y abades que, habiendo en otro tiempo intentado retirarse de las Dietas de los príncipes territoriales, y elevar sus privilegios de inmunidad á señorío pleno y completo, á partir de la mitad del siglo XIV, comenzaron en propio interés á tomar parte en las reuniones de los Estados provinciales como constituyendo el primer Estado (1).

b) La nobleza. En muchos países de gran extension, y principalmente en *Austria*, *Bohemia* y *Sajonia electoral*, la *clase* de los príncipes, condes y señores, se distinguía de los *caballeros* semilibres; pero en Sajonia, lo mismo que en Inglaterra, la mayor parte de los señores láicos, sólo dependientes del Imperio, estaba unida con los prelados, mientras que los caballeros lo estaban con los diputados de las ciudades. Empero, en muchos otros países, los miembros de la alta nobleza, poco numerosos por los comun, se confundían en un estado con el resto de los *caballeros* que tenían propiedad en el país, ú *hombres acomodados*, entre los cuales se contaban los *vasallos*, y más principalmente los que poseían bienes feudales (2), todo lo cual tuvo lugar en *Baviera*, *Silesia*, *Braunschweig*, *Brandenburgo*, *Turingia*, *Pomerania*, etc. Por lo demás, esta clase constituía cuerpo harto numeroso, puesto que comprendia no sólo la diputacion de los caballeros, sino tambien á todos los vasallos poseedores de bienes dicha de clase, así como tambien á los ministeriales opulentos. En el Tyrol, todos los miembros de la nobleza, en el sentido más lato de la palabra, áun cuando no fuesen dueños de territorio alguno, gozaban del derecho personal de tomar asiento en las Dietas.

(1) Unger, *Historia de los Estados provinciales.* I, pág. 210; II, páginas 31 y siguientes.

(2) Unger, II, págs. 44 y 66.

c) Tras los prelados y la nobleza vienen las ciudades, las cuales, por lo general, adquirieron los derechos de Estado en el trascurso del siglo XIV, siendo muy raras las provincias alemanas en que encontramos el orígen de este acontecimiento en el siglo XIII, debiendo contarse entre las comprendidas en el reducido número á que aludimos, la *Bohemia*, cuya cultura se adelantó algun tiempo á la de la misma Alemania, pues encontramos á las respectivas ciudades tomando parte en la Dieta allá por el año 1281, si bien más tarde tuvo que mantener luchas con la nobleza á causa del reconocimiento de este derecho. En *Baviera* los representantes de las ciudades se reunieron en 1307 con los prelados y caballeros para tomar medidas acerca de la escasez de moneda y para proporcionar el necesario aumento de dinero (1), y en tiempos del rey *Luis* (1315), tanto las ciudades como las marcas al lado de los «príncipes territoriales y señores feudales» (2), aparecen como fuerte escudo de los príncipes en frente de la nobleza. En Brandenburgo, desde 1308 constituyen las ciudades un factor político que, organizado en el Estado, lo vemos gestionar con los príncipes (3). En el principado de Luneburgo se instituye en 1356 un consejo ducal compuesto de prelados, caballeros y ciudades, cuya creacion presupone la existencia de los Estados provinciales comunes (4). De este modo, la representacion de las ciudades en las Dietas provinciales se convierte en regla fija; pero téngase en cuenta que los respectivos diputados no eran elegidos por los ciudadanos, sino designados y autorizados por los consejeros de aquéllas, habiendo casos en que los burgomaestres, en virtud de su cargo, tomaban parte en dichas Dietas provinciales.

El elemento de que tratamos tenía tambien gran importancia en la misma Alemania; pues tanto la unidad del Estado, como los intereses de la cultura pública hallaron en él un excelente punto de apoyo, favoreciendo asímismo, en su conjunto, no sólo el desarrollo de la autoridad de los príncipes, sino tambien el de la autoridad civil; así como la ex-

---

(1) Rudhart. *Historia de los Estados provinciales de Baviera*, I, pág. 55.
(2) Rudhart, *Ibid.*, págs. 73, 79.
(3) Unger, II, págs. 87 y siguientes.
(4) Eichhorn, *Historia jurídica alemana*, § 423, observaciones.

clusion de las ciudades en las Dietas *polacas*, y la posicion enteramente subordinada de las de *Hungría*, son una de las causas principales del carácter anárquico é insignificantes trabajos de ámbas en favor de los intereses de la verdadera cultura.

d) Rarísimas son las ocasiones en que vemos en las Dietas alemanas la representacion del cuarto Estado, es decir, de los campesinos, pues se tenía en dichas reuniones como regla general que lo aprobado por los prelados y caballeros con respecto á los que de ellos dependían, tenía que ser aceptado por los demás que dependían exclusivamente del señor de la provincia. Como excepcion á esta regla, encontramos las Dietas de *Frigia*, en las cuales se reunían los jueces elegidos por los campesinos y los corregidores de las aldeas, y juntos con sus jefes y los nobles trataban sobre el bienestar del país. En el arzobispado de *Bremen*, los ciudadanos domiciliados en los comunes libres de las marismas gozaban asímismo del derecho de intervenir en las asambleas generales; en Wuttemberg se reunían las ciudades y poblaciones; y en el Tyrol, desde 1418, á más de caballeros y ciudades, asistían tambien á las asambleas diputados por los «valles y audiencias» como representantes de las opiniones é intereses de los aldeanos (1).

El poder de las Córtes había llegado á su apogeo en el siglo XV; pero, habiendo tomado al mismo tiempo direccion opuesta en gran parte á las necesidades del Estado, y á la unidad del poder judicial, el conjunto de estas faltas dió á las veleidades del absolutismo de los últimos siglos sobrados pretextos para socavar primero y destruir despues por completo esta institucion. Las teorías de los romanistas que habían alcanzado autoridad práctica en los consejos de los príncipes y los nuevos ejércitos permanentes dependientes exclusivamente de aquéllos, contribuyeron no poco á debilitar y á arruinar las instituciones de lo pasado; la legislacion del Imperio prohibió nuevas alianzas y reuniones, así como la resistencia armada de las agrupaciones, y limitando el derecho de negarse á pagar los impuestos, fortaleció la soberanía del príncipe. La guerra de Treinta Años acabó de arruinar la institucion de las Córtes, de donde, en muchos países de Alemania, ya no fueron convoca-

(1) Unger, II, págs. 104 y siguientes.

das por los príncipes, que en éste como en otros puntos imitaron el absolutismo de Luis XVI, miéntras que en otros países su existencia quedó reducida á mera fórmula Cárlos de Mosera ha pintado con rasgos magníficos y amargo sarcasmo la vida ficticia de tales asambleas en el siglo XVIII (1). Sólo por una excepcion, como particularmente sucedía en Wuttemberg, conservaban alguna importancia; pero con la disolucion del Imperio germánico tambien murió aquí su antigua organizacion para resucitar despues en la forma moderna.

---

(1) Señor y vasallo, pág. 101, véase tambien á Eichhorn, *Historia Jurídica alemana*, § 546 y sig., y á Zacarías, *Dereeho público aleman*, I, 5.

CAPITULO III.

DIFERENCIA ENTRE LA CONSTITUCION DE LOS ESTADOS Y LA CONSTITUCION REPRESENTATIVA.

Desde mediados del siglo XVI, como las demás instituciones de la Edad Media, la organizacion de las naciones por estados fué irresistiblemente decayendo, hasta que, al fin, desapareció por completo, dando lugar á que el desenvolvimiento de la nueva era presentase en su lugar el sistema representativo, que guarda con el antiguo estrecha semejanza y parentesco, en cuanto ámbos se oponen al absolutismo de las autoridades y aseguran los derechos políticos de los súbditos, pudiendo ademas asegurarse que el sistema primitivo no es más que un peldaño inferior de la escala que lleva al sistema moderno, guardando con éste la proporcion que existe entre el espíritu de la Edad Media y el de la Edad Moderna. Pero como dicha semejanza y parentesco pueden fácilmente inducir á la peligrosa confusion de los respectivos conceptos, creemos sumamente necesario fijar bien sus diferencias, para lo cual ayudará no poco la contraposicion de los párrafos siguientes.

PRINCIPIO DE LOS ESTADOS.	PRINCIPIO REPRESENTATIVO.
1 Descansa en el *carácter particular* de los *estados*. (En consecuencia en la Edad Media sólo se invitaba á los estados más poderosos, y en un principio, ya á éstos ya aquéllos aisladamente, al paso que no se atendía á los demás.)	1 Descansa en la *unidad* de todo el *pueblo*. (Por esto, la aspiracion de nuestra época no es otra que comprender á todas las clases de la sociedad en una representacion general).
2 Los *meros individuos*, como jefes de poderosas familias ó dignatarios (*príncipes y señores*) podian formar *por sí mismos* un estado, así como *asociaciones* y *corporaciones* (*universitates*).	2 El que, como jefe de familia ó dignatario, es *nominalmente llamado* á la representacion nacional, no tiene, sin embargo, este derecho *por sí* sino sólo como *miembro del cuerpo comun*.

3 Los diputados por ciudades y corporaciones reciben de sus electores *instrucciones* que les obligan á votar y obrar en determinado sentido. (Cuando los diputados franceses tiraron en la asamblea francesa los contradictorios *(caniers)* de sus instrucciones, entónces precisamente fué cuando se llevó á cabo la rotura con el sistema de los estados, 1789.)

3 No se ha de restringir la deliberacion y votacion del cuerpo representativo por médio de las prescripciones de los electores, sino que la opinion y voluntad del pueblo ha de formarse con entera libertad; de modo que, tanto la libertad personal con que cada diputado puede manifestar su opinion, como el derecho y obligacion de cada uno, al dejarse instruir y determinar por la discusion, son elementos que deben ser considerados como garantía de la primera votacion.

4 Cada estado votaba *individualmente* y podia conferir su voto á un *representante personal*. (El «liberum veto» concedido en el siglo XVII á cada uno de los miembros de la Dieta polaca fué la extrema consecuencia de esta institucion).

4 En las cámaras se realiza la votacion por la *mayoría* de la *asamblea*, y sólo se admite una *represntacion* determinada, cuando ésta es conforme á la voluntad de todos.

5 Los diputados de los estados eran *responsables* ante sus *mandantes* y recibían de ellos las correspondientes *dietas*.

5 Los diputados del pueblo son responsables únicamente ante el *estado* y reciben las correspondientes *dietas* del *erario público*.

6 Los estados tenian en primer término presente los *propios intereses* y daban el segundo lugar á la prosperidad de los demás.

6 Las cámaras representativas están obligadas á atender ante todo á la *prosperidad del pueblo* y del *Estado* y sólo bajo esta suposicion al bienestar de las clases particulares.

7 Los estados *por sí mismos* autorizaban las *nuevas contribuciones*, que juzgaban necesarias pero sólo *algunas determinadas*, añadiendo á menudo *condiciones* referentes á la política, como, por ejemplo, que el territorio no pudiese ser dado en fianza, enajenado, ó vendido; que se les pidiera aprobacion para emprender guerras ó ajustar paces; y, por último, que las contribuciones fuesen exigidas á los contribuyentes por sus propios recaudadores, y á veces tambien que fuese administrado por ellos mismos el *erario público* formado por estas contribuciones (1).

7 Las cámaras modernas miran en su conjunto *la economía del Estado* con respecto á los ingresos y gastos, ayudan á fijar el presupuesto y toman parte en la *legislacion sobre contribuciones*; pero no pueden ligar su consentimiento á las estipulaciones ni cuidar del cobro y empleo de la recaudacion.

---

(1) En la Dieta de los nobles que tuvo lugar en Schraitpch en 1302, los duques de la alta Baviera declararon á la nobleza y los caballeros qu

8 Los estados se atenían al *principio del pacto* con respecto al príncipe. El homenaje que prestaban al señor era *condicional* (1). Los *derechos* particulares, así como su *libertad* (2), estaban asegurados por *contratos*.

9 Los estados, como poderes independientes, *trataban* y *luchaban* con el príncipe, y tal vez rompieron las hostilidades (3) contra él, como dos potencias independientes, y cada una de las partes reclutaba, estipendiaba y mandaba así mismo independientemente sus respectivas tropas.

10 Los estados de los tiempos medios se ocupaban sólo secundariamente en la legislacion, más acrecían su influencia hasta la *participacion en el gobierno*, puesto que deliberaban jun-

8 En el Estado moderno domina el principio de la *legislacion única*, en la cual tienen las Cámaras parte y la *prosperidad general y pública*, como los derechos particulares de cada una de las clases, está únicamente asegurada por la *ley comun del Estado*.

9 El Estado moderno no permite esta dualidad y division de organismo; sino que asegura la *unidad* y gobierno del Estado entre todas las clases, exigiendo un jefe único y supremo con un ejército tambien único.

10 El Estado moderno coloca *fuera de las Cámaras* todas *las funciones gubernativas*, y, si permite la *manifestacion de opiniones* críticas, nunca llega á admitir participacion en el go-

---

si una ú otra clase llegasen á exigir un impuesto comun contra la voluntad general obrarían deslealmente, y que, por lo tanto, los estados estarían autorizados para no admitir lo decretado. En 1363 el respectivo duque prometió que el territorio de la alta Baviera quedaría indivisible é íntegro, así como en 1393 los duques de la Baja Baviera prometieron tambien no empeñarse en guerra alguna sin consentimiento de los estados.

(1) Los margraves de *Brandenburgo* aseguraron á sus estados en 1282, que cuando ellos, es decir, los príncipes, no cumplieren sus promesas, los vasallos podrían dejarlos hasta que las hiciesen efectivas. Así mismo, en idéntico supuesto, los duques de Pomerania permitieron en 1348 á sus Estados elegir otro príncipe «que pudiese gobernarlos en pleno uso de sus derechos y libertad.» *Unger*, II, págs. 254 y siguientes. En el ducado de *Braunschweig-Lüneburgo*, se instituyó en 1392 un tribunal llamado «Sate.» el cual estaba compuesto de ocho jueces y ocho consejeros ante el que podían ser llevadas las querellas de los estados contra el príncipe, estando además autorizado para rebajar de las entradas á éste correspondientes, las necesarias cantidades hasta quedar completamente reparadas las fundadas quejas de los súbditos. *Unger*, II, pág. 264.

(2) Muchos son los ejemplos que se encuentran en las antiguas cartas de libertad de los Estados bávaros, publicadas por Gustavo, baron de Lerchenfeld, Mónaco el año 1853, á cuyos documentos precede una introduccion científica sacada de los datos proporcionados por el *doctor Rochinger*.

(3) Esto acontecía en Austria, Baviera, Brandenburgo, Wuttemberg, en todas partes, hasta que la paz perpétua de 1495 y las doctrinas ya renovadas de la sabiduría jurídica romana pusieron coto á estas guerras privadas. Véase en *Rudhart*, *Historia de los Estados generales en Baviera*, I, págs. 62, 82, etc.

tamente con el príncipe (1), el cual dependía de la deliberacion de aquéllos, que en casos graves se reservaban la *decision* que á ambas partes pertenecía.

bierno, miéntras que, por el contrario, reconoce en el cuerpo representativo la *Legislacion* como la más *importante* de sus funciones. El régimen parlamentario inglés, aunque posteriormente perfeccionado, todavía conserva bajo este respecto fisonomía semejante á la de la Edad Media.

11 Frecuentemente salian de los estados *diputaciones permanentes* que tenian por objeto *fiscalizar* (2) al gobierno, aunque no raras veces éste se ayudaba de los consejos de aquéllas para debilitar la autoridad de la Asamblea de los Estados que tan enojosa le era y arrastrar la institucion á su ruina.

11 El Estado moderno en regla, sólo tiene que habérselas con la *Asamblea del cuerpo representativo*, y rehusa el que el gobierno se halle embarazado ó secundado por diputaciones de su mismo seno.

12 Los derechos y deberes de los comunes de la Edad Media eran en parte *de derecho privado* y en parte *de derecho público*.

12 Los derechos y deberes del cuerpo representativo y de sus miembros, son puramente de *derecho público*.

Como la representacion de *derecho público* es completamente diversa de la representacion de *derecho privado*, resulta que los principios que pueden tener cierto valor, tratándose de ésta, no son aplicables á aquéllas.

La representacion de *derecho público* presupone ó la incapacidad para obrar en los representantes (como por ejemplo, en los niños ó imbéciles), ó la necesidad que los representantes tienen de ser representados por otro indivíduo capaz de llevar adelante los negocios (como por ejemplo, por ausencia ó intereses de comercio). El representante de derecho privado ó está encargado y facultado por obligacion jurídica, como lo está en particular el tutor nato ó legal, ó ha recibido para ello especial encargo de la parte representada (mandato). El representado es la persona principal, y el representante hace sus veces y ocupa su puesto

(1) A este género pernecen los Consejos de los XII y de los XXV, los cuales se concedieron como auxilio á los duques de la Baja Baviera en 1324 y 1341, así como los XII consejeros con que rodearon al duque Luis de Braunschweig, los concilios del Tyrol en el año 1363, los de Würtemberg en 1419, 1457, 1498, etc. En el año 1535, los estados de Braunschweig-Luneburgo aceptaron asimismo esta forma de gobierno. *Unger*, II, págs. 280 y siguientes.

(2) Tal fué la diputacion de los caballeros y de la misma ciudad en la Alta Baviera, durante el año 1430.

sólo para obrar. El mandatario depende, por consiguiente, del mandante, y, como ligado á las facultades é instrucciones que de éste ha recibido, debe rendirle cuentas. Siempre que el representante esté facultado para todo aquello á que se extienda en su operacion, quedará obligado el representado y no aquél.

En todas estas relaciones principales ,la representacion del derecho público tiene carácter totalmente diferente; porque aquí no se propone ningun género de incapacidad para obrar en los electores, y, por otra parte, la representacion no se funda en la necesidad personal ó capricho de los representantes, sino que está ordenada *por virtud del Estado*. No son los representantes las personas principales, ni el representante es su personal lugarteniente, ni encargado, sino que desempeña un *cargo del pueblo, un oficio político*. Su representacion es *representacion del país y del pueblo;* pero no individual. Entre él y sus electores existe, sí, una *relacion de confianza*, pero no la *relacion jurídica del mandato*. La eleccion es tan sólo un medio para obtener verdadera representacion popular, pero no es *pleno poder ni encargo*. Por esto los *elegidos no están obligados á obedecer las instrucciones de los electores, ni á rendirles cuentas*. Así, pues, no pueden dirigirse arbitrariamente reclamaciones al representante ni puede revocarse la eleccion. Los votos obtenidos *ni lo ligan personalmente ni tampoco á sus electores*, sino que únicamente obran obligatoriamente para llevar á término *la ley que á todos obliga* de la misma manera á los que la han votado, á los representantes, á sus electores y á la universalidad de los ciudadanos.

CAPITULO IV.

COMPOSICION DEL CUERPO LEGISLATIVO.

El principio del órden moderno del Estado está comprendido en estas palabras: *el Cuerpo legislativo representa á todo el pueblo ordenado*, y siendo el compendio relativo del comun organismo del pueblo y partiendo de él, puede responderse á la ligera á una série de cuestiones de gran importancia.

1. Difícil parece poder resolver negativamente si al regente pertenece una parte de la potestad legislativa, cuando se mira la cuestion bajo el punto de vista del Estado orgánico, perteneciendo á tiempos muy recientes el interés práctico de esta materia, puesto que no hay que decir que, tanto en los tiempos antiguos como en los de la Edad Media se resolvía afirmativamente. Las dudas en esta materia tuvieron orígen cuando, sin parar mientes en la interna y viva conexion del cuerpo del Estado, se empezó á contrapesar el poder legislativo con el ejecutivo, como dos poderes iguales y separados, y á construir á aquél de abajo arriba y á éste de arriba á abajo.

Ahora bien: si el Cuerpo legislativo debe representar á todo el pueblo ordenado, entónces *el jefe supremo del Estado*, el regente, debe en él ocupar el mismo puesto que pertenece á la *cabeza en el cuerpo*; al *regente* del cuerpo, esto es, el *supremo y decisivo*. Bien reconoce el derecho público inglés este principio; en el antiguo *Modus tenendi parliamentum* encontramos ya el antiguo proverbio jurídico: *Rex est caput, principium et finis parliamenti* (1), y áun la mayor

(1) *Modus tenendi parliamentum*, cap. 12, Blackstone, I, 2, 2.

parte de las constituciones modernas, apoyadas en el sistema de la monarquía constitucional, conceden el poder legislativo al rey y á las Cámaras (1).

En los nuevos Estados *republicanos*, por el contrario, el poder legislativo pertenece ordinaria y exclusivamente á las grandes asambleas representativas, y el gobierno, al ménos en apariencia, no tiene ingerencia alguna en esta materia. Sobre este carácter particular, además del falso concepto dela separacion de los poderes, han influido, ya la predileccion democrática hacia la gran asamblea, ya la aprension de que el gobierno no se hiciese asaz poderoso; pero, en la práctica, tambien en la república se reservó al gobierno cierta importante influencia en la legislacion, por lo que, si en Suiza la hallamos en forma inicial, en la América del Norte se nos presenta su accion más en forma de veto (2).

2. La representacion del pueblo debe ser *perfecta* y abrazar *todos* los elementos de la nacion y áun las últimas esferas de ésta, puesto que tambien en las capas inferiores de la sociedad se debe respetar la *ciudadanía política*. Esta es la verdad en toda su pureza, y se funda en la moderna tendencia del *sufragio universal* (3). El mismo sufragio

---

(1) Así en la Constitucion francesa de 1814, § 15 y en la de 1830, § 13 hallamos estas palabras: «El poder legislativo se ejerce en comun por el rey, por la Cámara de los Pares y por la de los Diputados.» *Const.* de 1852, § 11; la holandesa de 1815, § 105; la bávara de 1818, § 1; la portuguesa de 1826, § 13, 58, 74; la belga de 1831, § 26; la española de 1837, § 12 y 46; la napolitana de 1848, § 4; la sarda de 1848; la prusiana de 1850, § 62; la del Imperio aleman de 1871, § 5.

(2) En la constitucion federal de la América del Norte de 1877; artículo 1, 1, hallamos estas palabras: «El poder legislativo comun debe confiarse á un Congreso de los Estados-Unidos, el cual se compondrá de un Senado y un Congreso de representantes.» El art. 1, 7, dice: «Todo *bill* será presentado al Presidente de los Estados-Unidos, ántes de que obtenga fuerza de ley.» Así está tambien determinado se haga en los estados particulares de la América Septentrional. En Suiza, la potestad legislativa es ejercida de ordinario exclusivamente por las grandes asambleas; pero los gobiernos, por regla general, son los que desechan ó aprueban las leyes. Asamblea federal de Suiza en 1874, § 80 y 102, Const. francesa de 1848, párrafos 20 y 58. En el reino de *Noruega* no se desechan las miras republicanas en lo que á la constitucion respecta, § 49, pero se concede la iniciativa y el veto, § 76.

(3) *Lamartine* dice de los Franceses: en 1848 abrazaron con amor y con orgullo el sufragio universal, «como un pergamino de la nobleza del pueblo hallado entre las ruinas del trono.» Este modo de ver las cosas es fácil de comprender, cuando se piensa en la precedente situacion completamente plutocrática. Mas en la embriaguez de la victoria pasa-

universal, sin embargo, podrá á lo más llevar á efecto una perfeccion *aritmética*, pero no alcanzar la perfeccion orgánica, y sabido es que la perfeccion del *número* es insegura ó ilusoria; porque las minorías de éste frecuentísimamente no son consideradas en sus justas relaciones, muy amenudo no son tampoco consideradas en las épocas de las luchas de los partidos, en los cuales se mira más á la votacion que á los intereses de los electores. La parte más débil podrá quizás elevarse á una tercera parte de la masa popular, y entre tanto en el cuerpo representativo, escogido de la pura mayoría en los círculos electorales, ó no será en manera alguna representado, ó sólo en una décima parte.

Además de ésto, esta forma electoral no guarda ninguna relacion con las conveniencias *orgánicas* del pueblo. En efecto, no asegura la ciudadanía ni hace que los diversos elementos é intereses obtengan representacion conforme á su importancia para la prosperidad nacional; pues ni éstos ni aquéllos quedan satisfechos por el simple número de todos los electores computando igualmente á todos los ciudadanos, y ni las ideas políticas ni la grandeza del sentimiento son por ella suficientemente consideradas. Por el contrario, el sufragio universal, cuando se entiende al propio tiempo como *igual* derecho de todos al voto, y obra ilimitadamente, hace que prevalezca la fuerza de la tosca é ignorante, aunque numerosa muchedumbre sobre las clases cultas de la sociedad, y por su especial calidad amenaza á las mejores cualidades.

El número, aisladamente tomado, coloca á los hijos sobre los padres, á los oficiales sobre los maestros, á los siervos sobre los señores, á los jóvenes sobre los ancianos, á los que nada tienen sobre las personas acomodadas, á los ignorantes sobre los sabios, y, miéntras adula á las masas, las engaña (1). El principio de la democracia absoluta

---

ron por alto las naturales diferencias que median entre el habitante y el ciudadano, comprendiendo á todos *igualmente* el sufragio universal. En esto fundaron socialistas y comunistas la desmesurada pretension de la «república roja» pero tambien Luis Napoleon fundó el moderno imperio en el sufragio universal de las masas desordenadas.

(1) En la obra de Sismondi, *Etudes sur les constitutions des peuples libres*, I, páginas 48 y siguientes y pág. 141, existen algunas buenas observaciones sobre el sufragio universal. «En el sistema hoy aceptado se deja al azar la defensa de todos estos intereses (de la reli-

es éste: «La injusta representacion de la mayoría solamente en lugar de la justa representacion de todos» (1).

A pesar de todo, el derecho del sufragio universal é igual ha hecho en estos últimos tiempos grandes progresos, habiendo sido introducido en Francia, en Suiza, en Italia, en la Confederacion de la Alemania del Norte, y totalmente en los Estados-Unidos de la América Septentrional, miéntras que de día en día se aproxima más y más á semejante procedimiento el sistema electoral inglés. No hay duda que este resultado corresponde evidentemente á las tendencias democráticas del espíritu del tiempo, al principio de la *igualdad jurídica*, y á la *posible* y *universal participacion de todos los hombres* en la vida pública. De aquí es que este espíritu llega á exaltar á las grandes clases del pueblo, les infunde conciencia política y las aproxima al Estado, corriendo parejas con la universal cultura del pueblo y con el deber universal de la propia defensa.

Segun todas las apariencias, el problema de lo porvenir está en conservar este estado de preferencia y en hacer desaparecer ó disminuir los defectos.

3. La representacion debe ser ordenada en *justa proporcion*. Mirabeau expresó muy bien este principio en 30 de Enero de 1789, á pesar de que la Asamblea nacional francesa procedió siempre despreciándolo profundamente: «Los estados son para la nacion lo que un mapa para la externa representacion del territorio. Tanto en sus partes como en el todo, la imágen debe mostrar siempre la misma relacion que el original.» En efecto; como el mapa representa montes y valles, mares y rios, florestas y campos, ciudades y aldeas, así tambien el cuerpo legislativo debe *compendiar* todos los elementos del pueblo, segun sus relaciones reales.

---

gion, de la ciencia, de la agricultura, del comercio, de la fabricacion, de la industria); se acepta que entre los diputados de las províncias hay que encontrar quien tome la representacion de alguno de estos intereses tan descuidados. Mas, en primer lugar, esta presuncion es infundada y los intereses no serán nunca representados, y, aunque lo fuesen, esto se llevará á cabo por medio de personas elegidas precisamente, sin atender á sus conocimientos en semejantes cuestiones, de personas, decimos, que no conocen en manera alguna la materia, que no penetran los intereses de las clases que representan, que no están acostumbrados á defenderlos.»

(1) Palabras de J. St. Mill en sus *Reflexiones sobre la constitucion representativa* (traduccion de Wille) pág. 85.

Las partes más nobles no deben ser cohibidas por las vulgares, ni éstas deben ser excluidas. El valor de cualquiera de aquellos elementos se determina por su importancia en el todo y para el todo. Las *relaciones* son orgánicas y la medida es la *nacional*.

4. Ahora bien: ¿puede dicho principio fundamental resolver la cuestion de si deben existír una ó dos Cámaras? La multiplicidad de Cámaras, como poco ha sucedía en Suecia y antiguamente en Francia y en el antiguo Reischstag aleman, divide demasiado el cuerpo representativo, haciendo muy difíciles sus movimientos, de donde en nuestra época el problema queda reducido á la existencia de una ó dos Cámaras.

La mayor parte de los Estados latinos y germánicos, y casi todos los que abrazan las teorías de la monarquía constitucional, se han decidido por *el sistema de dos Cámaras*, de modo que sólo por una excepcion, en los tiempos de los incendios revolucionarios, á fin de reunir todo el poder de la revolucion en un centro único de donde surtiesen efectos más enérgicos, los pueblos, excitados por el espíritu democrático, prefirieron la unidad de la representacion comun en una sola Cámara. Así aconteció en la misma Inglaterra tras el suplicio de Cárlos I, en 1649; en Francia, desde 1789 á 1795, y nuevamente en 1848 hasta 1851 y 1870; en España, en 1810; y en Alemania, en 1848. De modo que sólo en los cantones de Suiza y en número escaso de los Estados germánicos, en poblaciones poco numerosas, donde no aparecen desarrolladas las antítesis sociales (1), ha tenido acogida el sistema de una sola Cámara.

El sistema de una Cámara parece más simple y corresponde mejor á la *unidad del pueblo*; pero, en realidad de verdad, ni áun así representa de suyo solamente á todo el pueblo, porque á éste pertenece necesariamente la cabeza, el regente. Sin embargo, representa lo que existe además de la cabeza, como el tronco del cuerpo, que tambien se manifiesta como unidad.

Cada una de las grandes lecciones de la experiencia his-

---

(1) Se ha observado que el sistema de dos Cámaras abraza en Europa una poblacion de cerca de 173 millones, mientras que el sistema de una sola, únicamente se extiende á unos 9 millones. Suiza, como Estado independiente, se cuenta en la primera de las dos clases anteriores.

tórica, impone la adopcion de precauciones, máxime cuando se considera que ya en los tiempos de la formacion original y natural de la vida política germana, la division de la comunidad del pueblo entre los príncipes por una parte, y lo restante del pueblo por otra, es tan visible por cuanto que posteriormente en los tiempos de la organizacion política, ya perfeccionada, se hizo decisivamente predominante el sistema de las dos Cámaras, esto es, primero en Inglaterra, y en los Estados de la América Septentrional despues.

Las ventajas del sistema de las dos Cámaras son manifiestas.

a) Claro es que cuatro ojos ven más que dos, especialmente cuando se considera un mismo objeto bajo diverso puntos de vista. La discusion reiterada y el exámen de un proyecto de ley por medio de dos Cámaras, que se apoyan en distinto terreno, no puede ménos de dar efectos los más benéficos.

b) Así como el cuerpo legislativo debe ordenar las relaciones permanentes de la nacion, y no debe atender á las necesidades momentáneas, que, como es sabido, son objeto del gobierno, así tambien sus precitadas resoluciones, ni son necesarias ni apetecibles, miéntras que, por el contrario, el sistema de la doble Cámara nos asegura de las ligerezas y abusos de una sola, siendo escudo contra las apasionadas disposiciones que ligera y momentáneamente ejercen en ella su influencia y la exaltan, impidiendo asímismo la tendencia tan peligrosa en las grandes asambleas, de extender desproporcionadamente sus poderes y gobernar despóticamente (1).

c) Además, en particular podemos decir que la existencia de un Senado ó de una Cámara de pares, al lado de la Cámara popular propiamente dicha, es límite importante

---

(1) Con razon los políticos americanos (véase la obra *Story's Comment. on the constit. of the United States*, lib. III, pliego VIII, § 82, en *Busz*, I, págs. 222 y siguientes), han parado mientes en que áun en la democracia sólo algunos pocos individuos guían de ordinario la asamblea, y que éstos son llevados solamente con frecuencia por el interés individual ó segun sus pasiones, ayudadas de una mayoría que depende de ellos, á oprimir, perseguir y hasta reducir á la desesperacion á las minorías y á los adversarios políticos. Dique á estos abusos es tambien la Alta Cámara ó un Senado más moderado y celoso de la independencia. Puede verse á este propósito la excelente defensa del sistema de dos Cámaras en E. Laboulaye, *Etats-Unis*, t. III, c. 12.

para la volubilidad democrática de ésta, la asegura de los abusos de su fuerza, así como de la degeneracion, y es fuerte barbacana de las libertades y de los derechos, áun del mismo monarca, cuando éstos y aquéllas son hollados por la mayoría.

d) Por último, en la monarquía constitucional debe tenerse en consideracion que el monarca, frente á frente de una Cámara popular única, facilmente se mezcla en la lucha de los partidos con la Cámara, hallándose, como vulgarmente se dice, entre la espada y la pared, mientras que, por el contrario, en el sistema de dos Cámaras, se sustrae perfectamente á la lucha directa de los partidos, y á lo más, pesa en la balanza como regulador entre una y otra parte, por lo cual, tanto la unidad del Estado, como la seguridad y dignidad del monarca, y el tranquilo sostenimiento y órden del cuerpo legislativo, están por este medio igualmente interesados.

Para el estadista estas ventajas son decisivas; pero la teoría exije fundamento más profundo. En todos los pueblos más civilizados existe cierta antítesis interna entre el *demos* y la *aristocracia;* antítesis muy análoga ya á la de la *cantidad* y *calidad* en la naturaleza. El cargo representativo correspondía, durante la Edad Media, á la aristocracia, y en los tiempos modernos principalmente á la llamada Cámara popular, que, á decir verdad, no es la misma multitud, sino que sale del seno de ésta, y bajo ella y en ella reposa. Si se la considerase solamente en la representacion, entónces ésta sería evidentemente imperfecta, porque sólo quedarían representados los intereses y cualidades peculiares de la masa, siquiera fuese en la más alta expresion, mientras que, por el contrario, la cualidad que por su naturaleza no pertenece á la multitud y que únicamente puede encontrarse en una minoría, que es de la mayor importancia para la salud y prosperidad del Estado y de la nacion, y que forma, en fin, el natural suplemento y límite de la masa, no sería considerada ni tendría representacion alguna proporcional á la relacion real que guarda con el todo. Esta solamente puede encontrarse suficientemente en una Cámara particular, y sólo entónces, los grandes grupos, los grandes elementos políticamente importantes, serán debidamente considerados y reconocidos en el organismo del Estado, cuando junto al jefe de la nacion

exista una representacion del pueblo (demos) y de las distintas cualidades (como aristocracia), cuando la Cámara del pueblo se componga del *tercero* y *cuarto* estado, y el Senado ó la Alta Cámara del *segundo*.

5. En la mayor parte de las constituciones del continente se ha imitado la constitucion inglesa, segun la cual, cada una de las dos Cámaras no delibera y aprueba simplemente por sí, sino tambien por medio de la *contradiccion* hace *neficaz* la deliberacion de la otra Cámara. La primera disposicion asegura la variedad y la libertad de la deliberacion; pero la segunda perjudica manifiestamente la capacidad de accion del Parlamento y se opone á la unidad del Estado, la cual no debe ser entorpecida por la oposicion de las partes.

En Inglaterra, el vicio orgánico de la constitucion queda corregido por el espíritu político del Parlamento, así que formalmente es posible, aunque en la práctica extraordinario, que la doble division de las Cámaras impida á la larga las reformas necesarias. La Cámara alta opone dilaciones á la Cámara baja, y aún modifica lo aprobado por ésta; pero se guarda muy mucho de oponer firme veto á las repetidas peticiones, ya aprobadas por la nacion. En muchos Estados del continente, sin embargo, la antítesis política de la primera y de la segunda Cámara es más áspera y obstinada, y entónces del defecto de la constitucion, que no contiene providencia alguna para restaurar la irremisible unidad del cuerpo del Estado, pueden surgir los mayores peligros. Ambas Cámaras, de las cuales una empuja hacia adelante, y la otra hácia atrás, pueden asemejarse en este caso, mejor que á un cuerpo orgánico, á dos caballos de un mismo carro, de los cuales uno está enganchado por la parte delantera, miéntras que el otro tira por la parte opuesta.

Esto, sin embargo, está en abierta contradiccion con la esencia del Estado moderno que atribuye el mayor valor á la unidad y á la capacidad para deliberar de la voluntad política, y no sufre fraccionamiento alguno del todo en las partes.

Pocas son las constituciones que aminoran ó evitan este defecto, pues que cuidan, en último término, de que se reunan ambas Cámaras (1).

---

(1) Carta del reino de Sajonia de 1831, § 131: «Si aseguida de la pri-

mera deliberacion, las dos Cámaras no pueden acordar nada acerca de un objeto determinado, entónces deberán nombrar una diputacion comun que discuta acerca del acuerdo de las tendencias divididas.» § 92: «Si á pesar de todo esto permanecen divididos los votos de las dos Cámaras, entónces, para rechazar la ley propuesta, es necesario que en una de las dos Cámaras al ménos dos terceras partes de los presentes hubiesen votado en sentido negativo.» *Const. feder. Suiza*, § 80: «Cada Asamblea trata separadamente. Para las elecciones, para el ejercicio del derecho de gracia, y para decidir las cuestiones de competencia, por lo ménos se reunirán dos Asambleas bajo la direccion del presidente de la nacional, á fin de deliberar en comun; de modo que la mayoría absoluta de los votantes de las dos Asambleas sea la que decida.»

CAPTULO V.

FORMACION DE LA CÁMARA POPULAR.

La Cámara popular debe salir generalmente del pueblo, y representar las tendencias é intereses de éste. Conforme al principio de la representacion, teniendo presente la idoneidad y capacidad de sus miembros, podemos considerarla como selecto compendio y más alta expresion del pueblo como demos. En ella existe, en cierto modo, la *cualidad política* de la *cantidad popular*, de donde es natural que nazca por lo comun de la general multitud de los ciudadanos por medio de la *eleccion* (1). En cierto modo es una aplicacion del principio político de la *democracia representativa*, carácter que ha adquirido en estos últimos tiempos en la mayor parte de los Estados (2).

(1) No hay duda alguna que la eleccion no es de absoluta necesidad. *Edm. Burke*, 1792: «Si entre aquellos en cuyo nombre se obra y aquellos que obran en nombre de los primeros hay comunidad de intereses y se encuentra afinidad de miras y deseos, habrá *real* aunque no formal representacion. En muchos casos esta representacion real es mejor que la formal, en la cual son elegidos los representantes de aquellos en cuyo nombre deben obrar. Puede el pueblo engañarse en sus elecciones, pero raramente engaña la comunidad de sentimientos y de intereses. Hay que advertir solamente que la representacion real no ha permanecido por mucho tiempo segura, donde no ha sido defendida, al ménos en parte, por la formal. «Dos son las obras italianas sobre el sufragio que merecen especial mencion; nos referimos á la de Luis Palma, intitulada: *Del Potere Elettorale negli Staii liberi*, impresa en Milan en 1869, y á la de Paudeletti: *Teorie della Elezione política*, Nápoles 1870.»

(2) Véase sobre esta materia el tomo I, libro VI, cap. 22, páginas 537 y siguientes donde *Edmunde Burke* habla «de los motivos del descontento actual» en un párrafo, que, segun la expresion de *Brougham*, debería estar impreso con letras de fuego sobre las puertas de la Cáma-

1. De ordinario los ciudadanos que tienen voto se distribuyen en cierta cantidad de *distritos electorales*, sin atender á sus cualidades particulares, y á cada uno de aquéllos toca cierto número ya determinado de representantes, segun el *número de jefes* de los diferentes miembros ó de la poblacion que cada distrito comprende; en una palabra, la *mayoría* vota y no se tiene para nada en cuenta á la minoría.

Esta institucion se recomienda sobre todo por tomarse sólo en cuenta la simple relacion aritmética y por la democrática acentuacion de la igualdad universal. Mas ántes de manifestarse como principio orgánico del Estado, dáse á conocer como rudimental é insuficiente, puesto que ni la perfeccion ni la verdad de la eleccion hallan en ella suficientes garantías. Sólo accidentalmente tienen representacion los diversos grupos de la sociedad, que naturalmente abraza la totalidad de los regidos, cuando de un modo sensible brillan éstos en la Cámara popular, cuando en ella es-

---

ra de los comunes y que dice así: «El orígen popular no puede ser indicio característico de la representacion popular, Esta propiedad conviene igualmente á todos los miembros del cuerpo del Estado y en todas las formas. Todos están autorizados por el pueblo, porque ningun poder se concede solamente en favor del que lo posee, y, si bien la magistratura es seguramente institucion de autoridad divina, todavía las formas y las personas que la ejercen, en su orígen, salen del pueblo. La virtud, el espíritu, la esencia de la Cámara de los comunes consiste en esto precisamente, puesto que es imágen exacta del *sentimiento nacional*. No sería justo estar sobre el pueblo para vigilarlo, puesto que él es el que, por el contrario, ejerce la vigilancia, existiendo otras instituciones que tienen por fin impedir las irregularidades populares. La Cámara de los comunes, segun lo en otro tiempo establecido. es de todo punto incapaz para procurar el contínuo mantenimiento de la paz y órden externo, puesto que el arma más fuerte que posee es el baston y los mejores oficiales á quienes por propia omnipotencia podría mandar no son otros que sus inermes bedeles. La diligente y celosa inspeccion de los cargos ejecutivos y judiciarios, el cuidado más solícito por el Erario público, la manifiesta intencion de atender á las quejas públicas, tales, en suma, parecen ser las verdaderas propiedades de la Cámara de los comunes. Pero una Cámara de los comunes que aprueba y un pueblo que suplica, una Cámara de los comunes plenamente confiada, cuando la nacion está reducida á la desesperacion, una Cámara de los comunes en perfecta armonía con el ministerio á quien el pueblo altamente desprecia; en fin, una Cámara de los comunes que en las controversias entabladas entre el pueblo y el gobierno se pronuncia preferentemente contra el pueblo y censura los desórdenes de éste sin examinar las excitaciones que los provocan, no puede ménos de producir un estado de cosas antinatural y monstruosa en nuestra constitucion; porque tal Asamblea podrá ser un Senado grande, sabio y digno, pero en manera alguna puede pretender ser una Cámara de los comunes verdaderamente popular.»

tán reunidos los diferentes intereses del comercio, de la industria, de las artes, de la agricultura.

Este método de eleccion deshace, digámoslo así, al pueblo convirtiéndolo en ciudadanos absolutamente aislados y en electores; hace que, sin grados intermedios y sin prévias constituciones, se eleve á asamblea á la multitud de los indivíduos, semejando así á las formas ínfimas de las raquíticas formaciones de la naturaleza que va asociando célula por célula; pero de ningun modo puede compararse con los séres más elevados, en los cuales la masa comun, es decir, la unidad resultante de la union de las partes, aunque con funciones separadas, está perfectamente ordenada; en una palabra, en los diversos movimientos electorales no toma de ninguna manera en consideracion á las minorías ni áun en el caso de que éstas representen la totalidad del pueblo.

Tiene además este método de suyo pocas garantías de que, en efecto, sean votadas las personas más aptas y capaces, porque harto frecuentemente vemos que las elecciones han sido y siguen siendo juguete de los partidos y de sus violentas pasiones, de donde, en vez de una asamblea representante de todo el pueblo y de todos sus intereses, salieron y salen de cuando en cuando asambleas en las cuales la violencia de las pasiones políticas se halla totalmente representada, miéntras que los intereses reales del pueblo, sin ningun género de consideracion son decididamente sacrificados en aras de los variables acuerdos de las facciones (1).

Hasta ahora, en dos Estados ha encontrado, aunque parcialmente, consideracion jurídica, la justa pretension de que las elecciones para la Asamblea popular sean proporcionales, y de que tambien las minorías deben tener en ellas la conveniente participacion. Nos referimos: 1) á Dinamarca donde ya en 1855 á peticion del matemático y ministro Andrae, fué introducida en la primera Cámara, y despues, por la ley de 1866 generalmente adoptada la modificacion en la forma de llevar á cabo las elecciones, de modo que, cuando en un colegio electoral por lo ménos eran elegidos tres representantes, cada elector debía emitir un voto

(1) En el tomo III, lib. X, en que trataremos sobre la legislacion política, expondremos algunas nuevas consideraciones sobre esta materia.

ménos, de lo cual resulta que algunas veces la minoría puede ocupar el lugar dejado por la mayoría; 2) en la Gran Bretaña por la ley reformista del 15 de Agosto de 1867 (enmienda de Lord Cairn), segun la cual, el elector que disponía de tres votos, algunas veces sólo podía darlos por dos localidades. Como desde luego se ve, esta forma no está libre de arbitrariedad, pero sirve para aminorar en cierto modo el poder de la mayoría en favor de las elecciones de la minoría.

Preferibles á los colegios electorales matemáticamente establecidos, son los que corresponden á partes orgánicas del territorio, y en particular á los *comunes*, pues en ellos se descubre cierta armonía entre la manera de vida en éstos adoptada y la uniformidad de los intereses. En Inglaterra y en muchos Estados alemanes, se manifiesta tambien la antítesis de las ciudades y de los territorios rurales, pero no conviene á nuestro propósito tomar en consideracion estas excepciones únicas en su especie.

2. Por último, debemos fijarnos en la diferencia existente entre las elecciones *directas* y las *indirectas (par degrés)* que respectivamente sacaremos de los *primeros electores* y los *electores* elegidos.

Las ventajas de la forma electoral directa son:

a) Electores y elegidos guardan entre sí relacion directa en lo que atañe á la confianza, mientras que en la forma electoral indirecta acontece fácilmente que los elegidos gozan de la confianza de los segundos, pero no de la de los primeros electores.

b) La atencion é interes de los electores aumenta y se eleva por la eleccion, más que cuando una y otro se hallan interrumpidas por un término medio.

Más á pesar de estas ventajas, militan en favor de la eleccion indirecta las siguientes razones:

a) Cuando los círculos electorales abundan mucho, no es fácil reunir á todos los primeros electores en un lugar, y, si la masa popular permanece dividida y desmembrada, es sumamente difícil se obtenga resultado de la eleccion, pues en semejantes casos, ésta no es para los elegidos más que un modo de cubrir el expediente.

b) En último término, cuando el derecho electoral desciende mucho y abraza grandes masas, entónces se verifica un escrutinio entre los electores que componen la masa

comun hasta llegar á formar un cuerpo electoral mejor y más capaz. Empero, si esta organizacion no está bien regulada, fácilmente acontece que los *clubs* se hacen dueños de la multitud y la inducen á constituir con los miembros que los componen una diputacion electoral, degenerando, por consiguiente, y marchando por vías inorgánicas el fin de los electores elegidos. Segun la experiencia, los votos inmediatos ejercen primero su influencia en los candidatos de mayor categoría (aristocracia), así como los mediatos la ejercen favorablemente en la clase media rural y en las personas aisladas.

Por lo demás, muy próxima á la eleccion directa, se halla la que se lleva á cabo por gran número de personas ya elegidas, por ejemplo, la que tiene lugar cuando sobre diez primeros electores se nombra uno que lo es en segundo grado.

En *Inglaterra*, en la *América del Norte* y hoy en *Francia*, en la *Confederacion germánica del Norte*, en *Bélgica* y en la mayor parte de los *cantones suizos*, rige el sistema de la eleccion directa, mientras que en *España*, *Prusia*, *Baviera* y en la mayor parte de los *Estados alemanes*, no se conoce más que la eleccion indirecta.

3. Hé aquí ahora los requisitos particulares que deben tener los *electores* y algunas palabras acerca del derecho del sufragio:

1. El derecho público de los ciudadanos (nos referimos al derecho activo, del cual hablamos en el tomo I, lib. II, cap. 22), se manifiesta principalmente en el derecho que al sufragio tienen los indivíduos del tercer estado. Por él, el sistema representativo concede directamente á las altas clases del pueblo cierta cooperacion en la legislacion y comprobacion de la administracion, puesto que á ellas toca señalar las personas que le merecen confianza para tomar parte en la Asamblea popular; de suerte que, los no ciudadanos, no tienen derecho al sufragio que por regla general compete á los que lo son.

El derecho del sufragio no es en manera alguna derecho natural de los indivíduos, sino que reposa totalmente en la organizacion del Estado que da ocasion á que los electores tomen en consideracion la conveniencia (moral) y la capacidad (espiritual) de los representantes, estando además autorizado para exigir las garantías necesarias para las elec-

ciones que se juzgan oportunas. Por este motivo creemos necesario hacernos cargo de los distintivos y caracteres especiales de las diferentes constituciones.

a) Diferencia de *antigüedad*. La antigua constitucion de Serviano garantía á los electores de más edad (*seniores*) voto más válido que á los de ménos (*juniores*), de modo que mientras las centurias de los ancianos eran mucho menores en número que las de los jóvenes, producian, sin embargo, los mismos votos precisamente que éstas. Se tenía, pues, en más estima la experiencia de los ancianos que el ardor de la juventud. Las constituciones modernas, sin exceptuar algunas determinaciones de Napoleon I, no tienen en cuenta esta preferencia de la edad, de donde resulta que aumenta considerablemente el influjo de la juventud en el Estado.

b) En muchas constituciones, aún hoy se toma en consideracion el *elemento de la fuerza*, y esto se lleva á cabo de diferentes maneras, aunque nosotros sólo examinemos los siguientes sistemas que son los principales:

a) El *antiguo sistema inglés*, reconocido en tiempo oportuno en los Estados-Unidos de la América del Norte, de donde hoy gradualmente va extendiéndose por todas partes, se halla relacionado con el fundamento que en la Edad Media tuvo la *propiedad*. *Burke* (1) ha aplicado al principio democrático inglés las notables palabras que á continuacion copiamos: «Toda representacion conveniente de un Estado, exige sean representadas tanto su capacidad como su respectiva riqueza; pero, así como la capacidad es principio riguroso y activo, y, por el contrario, la propiedad es inerte, pesada y tímida, así no puede tampoco estar libre de la invasion de la capacidad, si no goza en la representacion de predominio notable.»

De la Edad Media á esta parte, en los condados de Inglaterra sólo tenían derecho á votar en la Cámara alta los llamados «poseedores de alodios de cuarenta chelines», esto es, los propietarios libres (*freeholders*), cuyos bienes daban una renta anual de unos cuarenta chelines por lo ménos. Por el acta de reforma de 1832, obtuvieron además derecho al sufragio los arrendadores y otros poseedores que lo eran

---

(1) Burke, *Reflexiones sobre la Revolucion francesa*.

desde mucho tiempo atrás (60 años), y que percibían de sus posesiones, aunque fuesen temporales (*copyholds*), una renta líquida de diez libras esterlinas por lo ménos. Los arrendadores que lo eran por poco tiempo, sólo tenían derecho á votar cuando el arriendo arrojaba una renta de cincuenta libras. En las ciudades donde ántes las necesidades eran muy varias, el acta de reforma de 1832 concedió el derecho del sufragio á todos los que poseían una casa, un almacen ó una tienda cuya renta anual se elevase á diez libras, siendo además obligacion de los electores el haber pagado la cuota correspondiente á los pobres (1).

Despues del bill de reforma encontramos en Inglaterra que el número de electores, en una poblacion de unos 14 millones se eleva casi á 800.000; en Irlanda, en una poblacion de más de 8 millones, sólo tienen parte en las elecciones 150.000 personas, y en toda la Gran-Bretaña, en una poblacion de 26 millones, el número de electores da algo más de un milon, casi el doble de la cantidad obtenida ántes de la reforma.

La nueva acta de reforma publicada en 1867, ensancha de nuevo muy considerablemente el derecho al sufragio, puesto que en los condados, á los poseedores estables de terrenos (propietarios ó arrendadores), por una renta censual de 5 libras (en vez de 10), y á los poseedores ménos estables de un fundo del valor de 12 libras (en lugar de 50) da el derecho de votar, así como en las ciudades y villas á todos los administradores de fincas en general, y de un modo definido á los que tienen domicilio propio ó alquilado, siempre que hayan pagado la cuota correspondiente á los pobres. El número de electores ascendía el 1868 á unos 2.235,256, habiéndose, por consiguiente, duplicado.

β) Mayores oscilaciones ha experimentado el sistema electoral francés. Durante la constitucion de 1791 (pág. 2, § 2), sólo el pago de una contribucion equivalente á tres jornales, servía para el objeto, y la constitucion de 1793 (art. 1.°) llegó á prescindir áun de esta circunstancia para hacer admitir el derecho universal de votar, habiéndose vivamente deseado en los tiempos de la constitucion de la restauracion de 1814, directamente la riqueza y no simple-

---

(1) H. Cox, *Organizacion política de Inglaterra*, traduccion de Kühne, Berlin 1867, pág. 90, c. 30, 31; Victoria 102.

mente la asegurada posesion de los electores; de donde, sólo el que pagaba 300 francos de contribucion directa era elector (1). La ley de 1831 disminuyó esta exigencia hasta 200 francos, y el número de electores se elevó de 80.000 á 174.000. El carácter plutocrático de estas elecciones fué por este medio solamente mitigado; pero no desapareció por completo. La gran mayoría de los Franceses quedaba excluida de tener participacion en la Asamblea de su patria. La revolucion de 1848 dió despues el peligroso salto de la plutocracia á la democracia, cuando la nueva constitucion de la república del 4 de Noviembre de 1848 (art. 25), «sin la condicion del censo, convocó á todos los Franceses que estuviesen en posesion de sus derechos civiles y políticos,» para que tomasen parte en las elecciones. Sobre la ancha base de este derecho universal de acudir á las urnas fué donde se asentó pocos años despues el imperio de Napoleon III, y vemos que, á partir de 1870, dicho derecho al sufragio prolonga su existencia áun en el mismo seno de la República.

Del mismo modo las leyes del sufragio terminantemente exigían un censo alto: así las de Holanda (1850) pedían una contribucion de 20 á 160 florines (Amsterdam); las de Bélgica (1828) de 40 francos; las de España (1846) de 400 rs.; y las de Italia (1860) de 40 liras. En todas partes va creciendo aún más la inclinacion á dar mayor ensanche á la esfera del derecho de eleccion.

γ) En muchos Estados de Europa, en lugar de tomar por base para el derecho al sufragio, la propiedad y direccion de los asuntos domésticos, éste se apoyaba en el pago de cierta contribucion de poca monta, así es que sólo podían tomarse en consideracion las contribuciones directas, no las indirectas. En favor de este sistema, suelen exponrse los siguientes argumentos: el pago de contribucion pone en relacion el derecho público con los públicos deberes, es prueba de posicion en algun modo independiente, así como de cierta facultad económica, y, merced á esto, garantiza que las contribuciones casi no podrán ser impuestas por representantes que no deban satisfacer impuesto alguno.

(1) Ley del 5 de Febrero de 1817. La Constitucion había hecho mencion de electores indirectos, y la ley hizo de ellos primeros electores directos. Su número se elevó á 90.000. Gervinus, *Historia del siglo XIV*, tomo II, p. 257.

La ley prusiana sobre elecciones, publicada el 30 de Mayo de 1849, exigía únicamente el pago de una contribucion directa, quizás de una sola clase, de modo que quedaban excluidos solamente las personas que generalmante no pagaban contribucion alguna, y áun los dependientes industriales que pagan contribucion y los criados, tenían derecho á acudir á las urnas (1). Asimismo en Baviera (2), y en muchos otros Estados alemanes, el derecho de votar solamente se extendía á los contribuyentes, y algunas veces, tambien por regla general, á todos los ciudadanos que satisfacían alguna cuota.

δ) La constitucion austriaca de 1849 (§ 44) requería el pago de un impuesto directo de 5 florines por lo ménos, en los pueblos rurales y ciudades de pequeña importancia, elevándose la cuota desde 10 á 20 florines, cuando se trataba de ciudades más considerables.

Segun la constitucion de 26 de Febrero de 1861, los diputados del *Reichstag* deben ser elegidos por las Dietas provinciales de los países dependientes de la corona; pero en cada una de las provincias, la representacion se halla por lo comun ordenada por clases, de suerte que quedan representados: *a)*, los altos dignatarios eclesiásticos (obispos), *b)*, los grandes poseedores de fundos, *c)* las ciudades, pueblos industriales y cámaras del comercio y de la industria, *d)* los restantes comunes rurales. Ahora bien: las elecciones de los grandes poseedores, ya de los fundos, ya de las ciudades, son directas, mientras que las elecciones de los comunes rurales son indirectas; empero quedan excluidas de la votacion las clases ínfimas que no pagan contribucion ó que, si lo hacen, es muy mezquina. La reforma más reciente de la constitucion, la de 1873, ha formado el Reichstag absolutamente de las asambleas de los Estados, haciendo, por lo mismo, todos sus esfuerzos para fortalecer la unidad del Imperio, aunque ha subsistido la separacion de las diversas clases de electores.

ε) El sistema prusiano relativo á las clases, introduce

(1) Véase á Rönne, *Derecho público de la Monarquía prusiana*, t. II, p. 361 y 369.

(2) Ley sobre el sufragio del 4 de Junio de 1868, art. 5.º Véase á Pözl, Bayer, *Derecho constitucional*, 1870, p. 532.

ciertos miramientos especiales con respecto á las clases más influyentes, pues divide á los primeros electores, segun la totalidad de la contribucion satisfecha, en tres clases: los mayores contribuyentes, que pagan una tercera parte de la contribucion, nombran en absoluto más electores que los medianos, que proporcionan las dos terceras partes y que la gran masa de contribuyentes de poca monta á cuyo cargo están las dos terceras partes del impuesto total. Esta disposicion recuerda la antigua constitucion de Serviano acerca del censo; pero es ménos plutocrática que la de éste y defiende á los ciudadanos más ricos y mejor acomodados contra el poder de las masas, así como protege de igual suerte á las altas clases del pueblo contra la explotacion de las minorías de los poderosos.

c) La consideracion acerca del organismo de los Estados es absolutamente conforme al derecho, pues la falta de organizacion es indicio de la falta del talento necesario en los elementos que deberían procurarla.

En algunas leyes acerca del sufragio se ha tenido recientemente en cuenta esta consideracion en dos sentidos diferentes:

σ) Cuando el derecho electivo se extiende únicamente á las personas qué saben leer y escribir; si la eleccion debe hacerse por escrito, por ella se conocerá el número de personas que pueden votar. Así fueron expresamente excluidos los llamados *inalfabéticos*, esto es, los que no sabían leer ni escribir, tanto en Italia (1860) como en Bélgica, determinacion que, á pesar de su alcance, casi no tenía significacion alguna en los Estados de Alemania en que la enseñanza no era universalmente obligatoria, y donde la parte de la constitucion que á ella se refería estaba aún muy atrasada.

β) Cuando á las clases *instruidas* (Académicos, Profesores, doctores, abogados, funcionarios públicos, caballeros de las diversas órdenes, censualistas, etc.,) se concede asimismo el derecho de acudir á las urnas y, como acontece en Bélgica y en Italia, estas clases no alcanzan por lo general la débida proporcion en el pago de la contribucion ó censo.

d) La aspiracion democrática de nuestros tiempos ha minado en muchos países y muy particularmente en *Francia* (1848), en *Suecia* (desde 1830), en muchos de los Estados

norte-americanos durante estos últimos diez años y en el *imperio aleman* (1867 y 1871, por impulso del príncipe Bismarch) las antiguas limitaciones, introduciendo en cambio el sufragio *universal* de todos los ciudadanos, esto es, de la gran masa de todos los mayores de edad de cada uno de los Estados. (Véase sobre este particular lo que dejamos dicho en el tomo I, lib. II, cap. 5.)

4. La cuestion de si las elecciones deben ser *secretas* ó *públicas, escritas* ó *verbales,* ó bien por *elevacion de manos,* como es bien sabido, fué muy debatida. y no dejan de ofrecer gran interés aún en nuestros dias las discusiones de los grandes hombres políticos de Roma, segun pueden estudiarse en Ciceron (de Legibus III. 15-17.)

De ordinario con la votacion secreta va unida la votacion por escrito, así como con la pública la verbal ó la que se hace elevando las manos; pero, sin embargo, esto no debe tenerse como regla general. Si la votacion pública y verbal es más viril y más libre, la secreta y escrita es más exacta y más segura. En la primera de las referidas formas de eleccion fácilmente se conquistan gran influencia los personajes más considerados en la comunidad y algunas veces los mismos demagogos, mientras que en la segunda los hombres de poca importancia se arriesgan á seguir sus propios dictámenes, impuestos tal vez por los clubs. Por lo demás, en los países en que la vida política se mueve en un circulo de formas públicas, no conviene en manera alguna el sistema secreto. Por esta razon las elecciones se han convertido en algunas partes, por ejemplo en *Inglaterra,* en fiestas populares, y algunas veces, sin que proceda votacion, el pueblo elije su representante por aclamacion universal.

En *Inglaterra* y en gran parte tambien en la *Amériea del Norte,* las elecciones se hacen pública y verbalmente, mientras que en *Francia* en la constitucion del año 1848 (§. 26) se conservó la forma de votacion secreta. En los Estados particulares de *Alemania* existe un sistema mixto de sufragio por escrito, siendo *público* para la mesa del respectivo colegio, pero *secreto* para los demás, segun se observa en *Baviera.* En la *confederacion germánica del Norte* las elecciones se hacen en secreto y por escrito, y en *Suiza* tienen frecuentemente lugar al mismo tiempo elecciones públicas y elecciones secretas, sirviendo aquéllas para los

nombramientos momentáneos y éstas para los más importantes y duraderos (1).

5. Para la *elegibilidad ó derecho pasivo de eleccion* (si nos es lícito hablar así, ya que no encontramos para expresar la idea otro término más feliz) hay que tener en cuenta los siguientes requisitos.

a) La primera condicion es la limitacion á reducido círculo de los *distritos ó cuerpos electorales*, de suerte que los electores no puedan dar su voto fuera del colegio ó centro que les corresponde. Disposiciones de este género son las que encontramos en los diez primeros años del presente siglo, las cuales se apartan de la idea que establece sean los diputados contemporáneos representantes de todo el pueblo y no ya únicamente de un círculo determinado de personas, así como se esfuerza por evitar que cuando los electores quieran dar la investidura de la diputacion á un candidato que no vive entre ellos, no se vean impedidos de hacerlo.

b) La segunda condicion es la mayor edad. En efecto, la Carta francesa de 1814 (§. 38) exigía en el candidato 40 años de edad, la cual en 1830 se redujo á sólo 30 años. Esta edad era la exigida en Prusia (1850), en Baviera (1848) y en muchos de los Estados alemanes, así como en Austria (1849), en Italia (1848) y en otros puntos; pero la constitucion alemana (1867, 1871) sólo exigía 25 años tanto en el diputado como en el elector, aconteciendo otro tanto en la Confederacion americana (1787) y en Bélgica (1831). Los Ingleses, á su vez, no rechazan las personas áun de menor edad que la que acabamos de señalar en los anteriores países, así que los ilustres estadistas *Pitt*, *Fox*, *Burke*, *Grey* y *Canning*, fueron los primeros diputados que tomaron asiento en el Parlamento á los veinte años de edad; como tambien lo hizo en igual época de su vida el estadista húngaro *Francisco Déah*. Aunque sólo en casos excepcionales, y tratándose de hombres capaces, podrá dar buen resultado el que en edad tan temprana hayan conquistado algunos jóvenes la confianza de los electores, que de ordinario únicamente debe depositarse en personas ya maduras, sin em-

---

(1) La Memoria de Rolin-Jacquemyn, intitulada *De la réforme électorale*, é impresa en Bruselas (1865), contiene importantes observaciones acerca de los medios, buena fé y verdad del sistema electoral.

bargo, no puede dudarse que en algunos casos puede ser perjudicial la ley restrictiva que sólo considera dignos de ser votados á los hombres de cierta edad.

c) En tercer lugar hay que tener presente que las constituciones más antiguas exigían, con harta frecuencia, el pago de cierto censo elevado. Hasta 1858 la ley inglesa de 1837 exigía en los miembros de la Cámara Baja, cuando eran elejidos en los condados como caballeros, una renta líquida anual de 600 libras esterlinas, siendo por otra parte necesario que los representantes de las ciudades y burgos electorales tuviesen una renta semejante de 300 libras; pero la ley de 1858 abolió todos los requisitos fundados en la mayor ó menor riqueza. La *carta francesa* de 1814 (§. 38) para ser diputado exigía 40 años de edad y el pago de una contribucion de 1.000 francos, por lo ménos, pero áun esta misma exigencia desapareció en 1848, sin que haya sido nuevamente renovada. La constitucion bávara (1818) exigía tanto que era necesario para el diputado tener asegurados los medios de una subsistencia independiente, hasta que en 1848 tambien fué suprimida esta restriccion.

Las constituciones más recientes han hecho desaparecer este estado de cosas, segun lo vemos en Suiza (desde 1830), en Bélgica (1831), en Prusia (1850), en el Imperio aleman (1867, 1871) etc. La principal garantía del atributo característico de los elejidos reside evidentemente en la confianza de los electores, en el mismo acto de la eleccion. Con la exigencia de la satisfaccion de un gran censo se altera la representacion popular, pues, segun las circunstancias, serán excluidos hombres eminentes mientras que no se alejará de la Asamblea á los demagogos y charlatanes.

Otro tanto puede decirse sobre la negacion de una nómina especial que sirva de indemnizacion á los diputados para sus viajes y manutencion, pues no pocas veces acontece sean efectivamente excluidos de la Cámara por no contar con lo necesario para hacer frente á los gastos y para que no queden expuestos á las eventualidades consiguientes á su estancia en la capital, miéntras dura el tiempo de su comision.

Frecuentemente se observa que en esta materia son distintas las costumbres áun en el seno de los mismos pueblos. En efecto, los diputados de la Cámara popular de los

diversos Estados alemanes, aisladamente considerados, reciben, por regla general, un diario determinado á que se da el nombre de dieta, é indemnizacion por los gastos ocasionados por los viajes, mientras que, por el contrario, á los miembros del *Reichstag* se niega toda especie de indemnizacion. En Suiza es más frecuente que los miembros de las grandes Asambleas cantonales no reciban suma alguna, en tanto que los indivíduos de la gran Asamblea de la Confederacion, en oposicion á lo que acabamos de decir acerca de Alemania, reciben dietas é indemnizaciones para los fines anteriormente señalados. Los indivíduos del Parlamento inglés tampoco tienen asignacion alguna; pero, por el contrario, los del Congreso norte-americano reciben estipendio anual muy pingüe. Por último, la constitucion napoleónica de 1852 negó al principios los miembros del cuerpo legislativo toda indemnizacion; pero, sin embargo, la concede tambien ántes de terminar el año.

Ahora bien, aunque el interés del Estado parece hablar en favor de la idea de que el cargo de los representantes del pueblo sea honorífico y no retribuido, tampoco es necesario echar en olvido que es de todo punto indispensable se asigne una módica cantidad á los diputados que se juzguen necesarios, á fin de que, por no poder éstos atender á los gastos que semana tras semana y día tras día originan la vida de la capital á hombres que no son ricos, no se vea la nacion privada de las fuerzas que aquéllos pudieran prestarla. Cuando se niegue á los representantes la subvencion de que tratamos, tanto ménos tendremos que reconocer en dicha medida las inspiraciones del sufragio universal, tal cual lo entiende la democracia, la cual aparecerá en contradiccion consigo misma. No hay duda que tratándose de una nacion aristocrática, como Inglaterra, que gobierna á sus propias expensas la nacion, la falta de dietas tiene significado propio; pero, si atendemos al nuevo carácter de los Estados, como el que informa á la Confederacion germánica y al reino de Italia, creemos que en medida proporcionada á las circunstancias del país deben señalarse rentas á los representantes de la nacion. En lo venidero sólo el sistema de las asignaciones, que ya rige ámpliamente en la mayor parte de los Estados, garantizará la verdad de la Cámara popular y la participacion en el poder de las agrupaciones de las clases medias.

e) Por otra parte, muy diversas son las respuestas que se dan á la cuestion de si los empleados públicos deben ser excluidos de la eleccion ó de emitir su voto en la Cámara popular.

En Inglaterra, los ministros son nombrados habitualmente por la corona de entre los miembros del Parlamento y no pueden permanecer siendo ministros cuando pierden su puesto en aquella Asamblea. Por el contrario, no pueden ser elegidos para dicho cargo, ni los empleados de contribuciones, ni los jueces asalariados, ni los secretarios de las oficinas de gobierno, ni los clérigos (1).

Segun la Constitucion de los Estados-Unidos de América, son excluidos del Congreso todos los empleados de la confederacion y áun los mismos ministros, mientras que pueden ser elegidos los empleados de los Estados particulares, lo cual acontece tambien en Suiza; pues, en tanto que se excluye á los empleados de la confederacion y á los clérigos, se admite á los indivíduos de una y otra clase cuando son empleados de los cantones. La Constitucion del imperio aleman solamente excluye á los miembros del Consejo federal.

La Constitucion Prusiana de 1850, así como otras Constituciones de Alemania, no excluye á los empleados, pero permite á los ministros la entrada en el Parlamento con voto consultivo, áun cuando no son elegibles.

La Constitucion Francesa de 1791, declaró incompatibles las funciones de administracion y de justicia con el empleo de representante del pueblo, pero en el tiempo de la restauracion (1814-1848) ambas funciones fueron compatibles. Tambien fueron elegibles para los cuerpos legislativos (1852 hasta 1870) los empleados imperiales, y aunque en un principio fueron únicamente excluidos los ministros y consejeros de Estado, sin embargo, ya en 1869 se levantó la prohibicion.

Segun la Constitucion italiana (Ley de 1860), no pueden ser votados los empleados inscritos en la nómina, pero, con todo, se hace una excepcion en favor de los ministros, los consejeros, los miembros del Tribunal de casacion, el secretario general del ministerio, los oficiales superiores del

(1) Esta materia se encontrará más detallada en Cox en su obra *Ordenanzas públicas de Inglaterra*, traduccion de Kühne, p. 109.

ejército y de la marina, los indivíduos de la direccion de instruccion pública, los de la de sanidad y los profesores universitarios, siendo, sin embargo, excluidos los clérigos que tengan cura de almas ó jurisdiccion eclesiástica.

Por último, tanto la Constitucion holandesa como la belga, no excluyen á los empleados.

El excluir á éstos de la Cámara, priva á este cuerpo los indivíduos más aptos para tratar los negocios, y debilita, por consiguiente, el crédito y autoridad de la Asamblea; pero, si en ella tiene preponderancia la clase de los empleados, fácilmente se concibe que la oposicion de la Cámara, frente á frente del gobierno, es ilusoria, perdiendo la Cámara la opinion en que debe ser tenida por el pueblo. Por consiguiente, á los electores toca buscar el justo medio entre ambos extremos.

Por lo demás, no debemos considerar bajo este punto de vista á todos los empleados; porque los que desempeñan cargos profesionales, como los médicos del Estado y los profesores, son completamente iguales á los privados; los jueces tienen garantía de la independencia de su posicion y, por lo tanto, sólo ofrece gran dificultad la condicion de los empleados del gobierno, propiamente tales. En efecto, si ellos solos fuesen los directores de la oposion, entónces quedaría perjudicada la unidad y la autoridad del cuerpo gubernativo, y, si el gobierno pudiese apoyarse principalmente en la influencia que los mismos pudieran tener en la Cámara, entónces la independencia de ésta correría gran peligro. En tiempos de luchas violentas obran, por consiguiente, con mucha cordura los electores, al no elegir, por regla general, á ningun empleado, excepcion hecha de los ministros responsables.

La elegibilidad de los clérigos únicamente merece tenerse en cuenta cuando las relaciones entre la Iglesia y el Estado sean amistosas y los individuos en cuestion francamente se acomodan á los deseos del gobierno; pero la eleccion de los mismos será peligrosa, en la hipótesis contraria, y muy principalmente cuando en la nacion de que se trate, el clero se deje llevar por la autoridad extranjera de los pontífices romanos y de sus obispos.

6. La eleccion de *diputados suplentes*, solamente en alguno que otro país usada, desde que esta institucion vió la luz en la Asamblea nacional francesa de 1789, no merece, á

nuestro juicio, ser, en concepto alguno recomendada, porque los suplentes, por regla general, no son los que el pueblo realmente desea elegir y, por lo tanto, los electores toman poco interés cuando de su eleccion se trata, aconteciendo frecuentemente que para librarse de las consiguientes molestias, votan al primero que se presenta, todo lo cual confirmaría nuestro primer aserto si no lo hiciera tambien el hecho de que el diputado primeramente elegido encuentra en esta institucion mayor facilidad para retirarse, impidiéndose así el que se proceda á una nueva eleccion de persona en quien podría tenerse entera confianza.

7. Digna de estudio es la costumbre inglesa, posteriormente imitada en el continente, por ejemplo en Grecia (§ 64), en Baviera (Ley de 4 de Junio de 1848, § 29); en Prusia (§ 78), y en el Imperio aleman (§ 21), de que el diputado á quien se dé algun cargo régio, debe sujetarse á nueva eleccion, proporcionando así á los electores la oportunidad de renovar claramente el testimonio de su confianza, ó de negárselo, eligiendo á otro individuo que la merezca.

8. Casi siempre encontramos el establecimiento de determinados *períodos* que, al cumplirse, hacen que la Cámara popular tenga que sujetarse á nueva eleccion, dando lugar á la renovacion general del Parlamento ó sólo á la renovacion parcial. Desde los tiempos de Jorge I, la Cámara baja inglesa va teniendo la duracion de siete años, y ántes de dicha época sólo duraba un triennio; la Cámara de los representantes en la América Septentrional (1, 2) sólo dura dos años, así como en cada uno de los Estados de la confederacion de la misma la duracion es de un año; en la segunda Cámara prusiana (§ 73) y en la de la Confederacion germánica del Norte (§ 24) es de tres años; en la Cámara de los diputados de Belgica (§ 51) de cuatro años; y, por último, la vida de la segunda Cámara de Baviera y del cuerpo legislativo francés es de seis años (§ 13).

La renovacion general se ha hecho regla general, y sólo donde existe Cámara única es peligrosa, porque interrumpe de repente la tradicion de la práctica del Estado, y frecuentemente salta, digámoslo así, repentinamente de un sistema político á otro totalmente diferente.

9. En la monarquía constitucional, á más de esto, la disolucion de la Cámara popular á fin de dar lugar á nuevas elecciones, es derecho importantísimo del monarca y ex-

pediente el más idóneo para consultar el voto de la nacion, así como tambien para el establecimiento de la armonía de las diversas partes del cuerpo legislativo, tanto en sus mútuas relaciones como en las que deben mediar entre aquéllas y el monarca (1).

En la democracia representativa, por el contrario (América del Norte, Suiza, República francesa), no se concede al gobierno semejante derecho, no porque éste sea considerado como limitacion del derecho popular, que, antes contrario, por la disolucion de la Cámara ensancha la esfera de su jurisdiccion, sino únicamente por celo del poder del gobierno y por respeto al elevadísimo crédito de la representacion.

10. La revocacion del nombramiento de cada uno de los diputados llevada á cabo por sus mismos electores, debe tenerse como inorgánica y peligrosa para la verdadera posicion de cualquier representante del pueblo, puesto que éste está obligado á votar segun forme su conciencia en el seno de la Cámara, y si debe ser considerado como representante de todo el pueblo, en ninguna manera ha de ser tenido como mandatario de los que lo eligieron.

---

(1) Por lo que á Inglaterra respeta véase á Blacktone I, 2, 7; para Bélgica, *const.* § 71; para Baviera, § 23; para Prusia, § 51; para Francia, *const.* del año 1852, § 46; para la Confederacion de la Alemania del Norte, § 25.

CAPITULO VI.

FORMACION DEL SENADO Y DE LA ALTA CÁMARA.

El Senado ó la Alta Cámara, no debe ser repeticion de la Cámara popular, ni apoyarse en el mismo principio que ésta. El organismo del Estado no puede tener dos órganos, que por su parte desempeñen el mismo oficio; puesto que si la primera Cámara debe ser una verdad, debe así mismo estar en posesion de un principio particular y de suyo político, y llevar á cabo un cometido asímismo particular.

1. Su natural destino es representar los elementos *aristocráticos* del Estado, así como el de la Cámara popular es el de representar el *demos*. Por consiguiente, es un poder medio entre el jefe del Estado y la mayoría popular, por lo cual no tiene en ésta el orígen de su fuerza, sino que la encuentra en su propio seno y en los distintos caracteres en que se funda, teniendo sobre todo por base á la *cualidad*, no á la cantidad, y su fundamento es la *distincion*, la cual en sí misma y de suyo, es ya una fuerza política. Por esto precisamente á ella pertenece *solamente la aristocracia real*, que existe en el país de que se trate, aunque en sentido más ámplio comprenda tambien á *toda* la verdadera aristocracia que en aquél se encuentre.

2. La institucion noruega, segun la cual el *Grosz-Ding* de los representantes del pueblo, elige en su propio seno una cuarta parte de sus miembros, para que pasen á constituir el *Lag-Ding*, constituyendo los restantes el *Odels-Ding* (Const. § 74 y siguientes), muestran la necesidad de las dos Cámaras, aunque no asegure la satisfaccion de esa necesidad. En efecto, ¿cómo puede la cuarta parte de semejante asamblea, como cámara particular, hacer frente á las

otras tres cuartas partes, y en caso de necesidad, oponerse á sus dictámenes? Si las dos asambleas no pueden entenderse, entónces se juntan y la mayoría de las dos terceras partes dirimirá la cuestion.

Tambien el Senado belga, nombrado por los mismos electores que eligen la Cámara de los representantes, tiene fundamento comun con ésta, distinguiéndose sólo de ella en cuanto que sus miembros deben tener edad más avanzada, cuarenta años, y grandes posesiones, pagando mil florines de contribucion y debiendo ser elegidos no por cuatro, sino por ocho años (§ 55, 56). Semejantes instituciones existen en los *Estados particulares de la América Septentrional*, disminuyendo en gran manera la diferencia que debe existir entre diputados y senadores, y todos se defienden tras el mismo principio, al cual, partiendo del cuerpo democrático, sólo con timidez y por rodeos se acomodan.

3. Aunque las *cualidades* que deben exigirse al tratar de la formacion de la Cámara Alta, son diferentes y dependen de la naturaleza de la nacion, y de los tiempos de que se trate, siempre, empero, debe quedar establecido que los representantes de la misma deben ser muy instruidos en lo que á *política* se refiere, así como deben estar penetrados del *sentimiento* de sus *obligaciones* con respecto al Estado y con respecto al pueblo (1).

Hé aquí ahora las más importantes observaciones acerca de esta materia:

a) Donde, como acontece en Inglaterra, existe poderosa y asegurada *aristocracia hereditaria*, debemos tomarla sobre todo en consideracion, pues ella forma el núcleo de la Cámara Alta de aquel país, y da á la misma reputacion histórica y firme estabilidad en las vicisitudes de la vida.

No puede, en los tiempos actuales, no puede, decimos, en manera alguna existir sin riquezas y sin nuevos auxilios extraidos del pueblo, al cual no debería contraponerse como casta impenetrable, sino como elemento, con el cual debe vivir unida, segun vemos lo están en la naturaleza, montes y llanos. Existen aún en Alemania elementos capaces de formar una aristocracia tal, pero, sin que deje de ser verdadero nuestro aserto, no se olvide que únicamente la reforma

(1) Véase á este propósito la exposicion de Gneist, *Derecho constitucional inglés*.

radical de la nobleza (1) debería restablecerlos en su propia pureza y poderío, para que pudiesen ser ventajosos al Estado; pero la reforma que reclamamos no se ha llevado á cabo en tiempo oportuno.

b) La *aristocracia hereditaria* es ordinariamente tambien *aristocracia predial*. En nuestros días, alejándose quizás de aquélla, han puesto los hombres en ésta toda su omnímoda confianza, de donde la última se ha convertido en mera *aristocracia de riqueza* (2), dependiendo, en gran parte este resultado no ménos de la naturaleza del territorio que de la del género de vida. En los Estados comerciales, los bienes mobiliarios no gozan de menor consideracion que las posesiones prediales, mientras que en los departamentos agrícolas esta clase de bienes es decididamente preferido.

Una de las más seguras bases para la importancia conservativa del Senado, es en todo caso la *abundancia de riqueza predial*, y principalmente la *hereditaria* (3). Para fundar y conservar el título hereditario de *par*, reforzar su

---

(1) Véase el discurso de Stahl pronunciado en Berlin en 22 de Noviembre de 1849 y el leido por nosotros en Mónaco con fecha 5 de Julio de 1850, y más que todo el artículo *Nobleza*, del *Diccionario político aleman*.

(2) El proyecto de la constitucion belga exigía á los senadores un impuesto predial de mil florines, pero luego la Constitucion se contentó con un impuesto sobre bienes, en general del mismo valor (§ 56). En Portugal (*Const.* de 1838), se exige á los mismos una renta de dos mil seiscientos mil reis, si se trata de posesion de fundos, y de cuatro mil mil reis si proviene de la industria.

(3) E. Burke en sus reflexiones sobre la revolucion francesa, dice lo siguiente: «La esencia característica de la propiedad, que se funda en el enlace de los principios de su adquisicion y de su conservacion, constituye la desigualdad, por lo cual debe ponerse fuera de peligro toda gran acumulacion de bienes, que excitan la envidia y azuzan la avidez de la rapiña; porque en este caso forman un baluarte que defiende las posesiones de menor monta en todas sus gradaciones. La misma totalidad acumulada de bienes que, por el curso de las cosas, llega á repartirse entre determinada multitud, no ejerce idéntica influencia, puesto que su resistencia, una vez ensanchada la esfera en que aquélla se ejercía, queda disminuida. La facultad de conservar lo que poseemos en el seno de nuestras familias, es una de las más importantes y notables relaciones para la respectiva sociedad doméstica, y trae consigo en manera esencial la perpetuacion del mismo Estado. Tanto los dueños de bienes de familia, como los que ocupan un puesto distinguido en la sociedad, prenda de bienes hereditarios, son los custodios naturales de dicha perpetuacion. Nuestra Alta Cámara reposa precisamente en este principio, puesto que totalmente se funda en los bienes hereditarios y en hereditaria distincion.»

pujanza y solidificar su dignidad, nada más á propósito que el derecho hereditario, que conserva un complexo de bienes de familia, y siempre los reconcentra en una mano, como acontece en el derecho de progenitura entre los Ingleses, ó en la institucion alemana de los legados de familia.

La posesion de gran cantidad de bienes inmuebles, produce, no obstante, los mismos efectos que esta fuerza privativa de la herencia, y en nuestros días es mejor defendida por la ciencia política, que la considera como *propiedad libre*, de donde nace que muchas constituciones modernas fundan la representacion simplemente en la Alta Cámara, y sobre todo en gran posesion de haciendas, de modo que, careciendo hoy de todo significado, la diferencia que ántes se establecía entre bienes caballerescos, nobles y burgueses, no deberá extrañarnos haya, con razon, desaparecido en la Constitucion austriaca de 1861.

c) Mayor importancia tiene que el elemento anterior la representacion de la *riqueza* y principalmente la de los bienes *muebles*. La riqueza, considerada sólo en sí misma, cuando no está ennoblecida por la utilidad que de ella resulta al bien de la nacion, no constituye cualidad alguna aristocrática, pues, en dicho caso, sólo es preeminente por la cantidad, sin serlo en manera alguna por la cualidad, pudiéndose rectamente fundar en ella la usurera absorcion de la fuerza nacional ó arrostrar los escandalosos réditos del tanto por ciento.

Pero la historia de Venecia y de las ciudades anseáticas de Alemania nos enseña que existió una aristocracia fundada en el comercio; y en las relaciones modernas frecuentemente encontramos grandes *comerciantes, fabricantes* y *banqueros* los cuales se distinguen, no sólo por las grandes sumas que tienen á su disposicion, sino tambien por cierta prevision política muy perspicaz é indomable amor hacia la patria y hacia el pueblo. De aquí que la consideracion de este elemento, contrapuesto á la gran riqueza en posesiones, sirva en nuestros días como de oportuno complemento y correccion de anteriores ideas.

d) En el Senado de la *república romana* fué donde principalmente se hallaba representada la aristocracia de los *cargos y dignidades políticas*, y en él encontramos en muchas ocasiones la importancia de la Cámara Alta. En Inglaterra, la mayor parte de los lores fueron á los comien-

zos simples oficiales públicos, siendo de igual naturaleza la admision de los doce jueces supremos con voto deliberativo en la Cámara Alta; y, no hay duda, que dichos funcionarios merecen con preferencia ocupar el referido puesto, ya atendamos á su ciencia jurídica, ya á su experiencia en la aplicacion del derecho cuando de ordenaciones se trata. Para revisar la Constitucion de 1845 fueron declarados capaces de tomar asiento en el Senado español, al lado de los grandes y nobles acaudalados, los presidentes y miembros de las Córtes, que tenían posicion económica independiente, así como gozaban de igual prerogativa los altos empleados y dignatarios del reino, ministros, consejeros de Estado, embajadores, presidentes y magistrados del Tribunal Supremo. La Constitucion *napoleónica* de 1852 (§ 20) declara senadores á los mariscales y almirantes del reino para tomar asiento al lado de los cardenales.

e) Frecuentemente, y con razon, se concede puesto en la primera Cámara al *alto clero* y en particular á los obispos, fundándose en que los altos dignatarios eclesiásticos representan una gran fuerza psiquica en el Estado y de ordinario tienen asímismo gran autoridad para con el pueblo. La Alta Cámara *inglesa* es precisamente el puesto correspondiente á los obispos del Reino Unido, aunque sólo parcialmente, de los que, entre todos los demás, pertenecen á la Iglesia anglicana, siendo, por consiguiente, excluidos los de la Iglesia católica. Por la misma razon, la Constitucion *austriaca* de 1861 concede á los arzobispos y obispos, que se cuentan en el rango de príncipes, asiento y sello en la Cámara de los señores, siendo tambien muchas las constituciones *alemanas* que, con los obispos católicos, admiten tambien un representante de la Iglesia protestante. Una de las condiciones fundamentalmente inteligibles de esta representacion es, sin duda, el que los prelados santamente proscriban el derecho y superioridad del Estado, en el cual, sin embargo, ocupan alto puesto.

f) Tambien la *ciencia* es una fuerza espiritual distinta, y tiene cierto derecho natural, puesto que en ella existe importancia política, como en las academias y universidades, ocupando su puesto en medio de la arístocracia de las naciones.

g) Finalmente, la elevacion hasta la Cámara Alta es premio digno de hombres que proporcionaron gran gloria al

Estado y á la nacion, miéntras que, al recibir la Cámara en su seno á la *aristocracia individual apoyada en el mérito*, se granjea, con respecto á la nacion, tanto fuerza espiritual y moral como autoridad.

4. Ménos importante que la consideracion y conocimiento de las cualidades legítimas son las formas que deben regir en el nombramiento de los miembros de la Cámara.

a) En primer lugar, la *eleccion*, norma de la Cámara Baja, es en este punto ménos aplicable, puesto que la cualidad aristocrática no nace de la cantidad, sino que tiene en sí misma la fuerza; de donde ni la Constitucion *belga* ni la *portuguesa* (1838) que establecen sólo el Senado electivo, corresponden al principio general.

Unicamente donde los mismos electores son ya distintos por sus cualidades aristocráticas, como, por ejemplo, los grandes propietarios de fundos, los grandes industriales ó las corporaciones y universidades, está bien fundada la eleccion de representantes en la Cámara Alta.

b) El *derecho hereditario* presupone la existencia de una aristocracia hereditaria tambien en la nacion, como los lores en Inglaterra, y en Alemania, por lo ménos, los príncipes y los señores.

c) El nombramiento régio es en Inglaterra cierto suplemento de la dignidad hereditaria de los pares (1) y en el sistema francés de 1830 y 1852 se reconoció como regla general (2) la fundacion y conservacion de títulos vitalicios de par. La Ordenanza prusiana del 12 de Octubre de 1854 limita el derecho régio que le permite hacer nombramientos por medio de la presentacion de la sociedad aristocrática y de las grandes ciudades. La ley fundamental de Austria (1861) se refiere á los beneméritos del Estado ó de la Iglesia, de la ciencia ó de las artes, á los cuales eleva el emperador mediante nombramiento. El rey es el llamado principalmente á reconocer y realzar las distintas cualidades nacionales, posee completa idoneidad para escoger de entre la aristocracia del pueblo los individuos particulares, ya como

---

(1) Esta misma dignidad fué muy frecuentemente conferida, así que se cuentan 667 pares creados desde 1700 á 1820. Th. Ersk May, *Historia de la constitucion de Inglaterra*, traduccion de Oppenheim 1, página 194.

(2) Así ha sucedido en España desde 1845.

pares hereditarios, ya sólo como vitalicios; mas *toda la Alta Cámara* no debe depender del poder y favor régio sino que debe cumplir su mision moderadora con respecto al rey y con respecto al pueblo.

d) La *cooptacion* de la misma Cámara fué usada tambien en los senados aristocráticos de las ciudades imperiales de la Edad Media, é introducida despues en las constituciones napoleónicas de 1799 y 1802.

e) El vínculo con ciertas *dignidades* ó en consecuencia del nombramiento para cargos determinados es forma á la cual el Senado romano se atuvo principalmente, y en Prusia los cuatro grandes funcionarios del reino tienen derecho para tomar asiento en la Cámara los señores.

Adviértase que tambien pueden emplearse convenientemente las diversas formas á que acabamos de referirnos, así como unirse unas con otras para la digna formacion de la Cámara alta.

5. Al carácter de la institucion corresponde la mayor estabilidad de la dignidad de los senadores y de los pares.

Aun cuando los senadores son elegidos en regla, como acontece en los Estados de la América del Norte y en Bélgica, sin embargo, en comparacion con los diputados de la Cámara del pueblo, son elegidos para desempeñar su cargo por tiempo doble ó triple, siéndolo aquéllos por dos ó tres años, y éstos por ocho.

El principio fundamental de la institucion exige estrictamente duracion, miéntras dure la cualidad en que se funda el cargo correspondiente. Para esto servía excelentemente entre los Romanos el oficio de censor, que consideraba juntamente con la regla de la duracion de la vida, la posibilidad excepcional de la degradacion. La renovacion de las listas del Senado era al propio tiempo la purificacion del mismo, sirviendo para preservar la institucion del relajamiento de la ancianidad y para armonizarla con la representacion del pueblo.

6. Carácter fundamental completamente distinto tienen los Senados ó Consejos en los Estados confederados; pues no representan en la nacion á la aristocracia frente á frente de la Asamblea de las grandes clases del pueblo, sino que garantizan á los Estados ó Gobiernos confederados una Asamblea solidariamente sacada del pueblo, completando de esta suerte la Asamblea pública del mismo por medio

de dos cuerpos representativos. A esta clase pertenecen el el Senado de la Union Normanda y la Asamblea de Suiza. En ambos cuerpos está siempre representado cada uno de los Estados confederados por dos indivíduos votados por los Cuerpos legislativos de los respectivos Cantones. A esta clase pertenece tambien la Confederacion de los Estados alemanes, la cual, sin embargo, desempeñaba anteriormente el papel de Asamblea de los Gobiernos confederados, y relativamente de sus ministros (Gobierno colectivo) que son los representantes activos de las Asambleas, pero que ahora desempeña en la legislatura las funciones de aquéllos.

CAIPTULO VII.

LOS PODERES.

A. El Cuerpo legislativo en su conjunto.

El Cuerpo legislativo representa toda la nacion en su cabeza y en sus miembros; pero en la proporcion más pequeña y como en compendio. Por esto, internamente considerado, su poder es perfecto y nacional; mas no absoluto y despótico. Sin vacilacion de ningun género, *Blackstone* adscribe asimismo al Parlamento inglés semejante poder y habla de la omnipotencia (*omnipotence*) del mismo, existiendo tambien muchos otros publicistas modernos que en este punto concuerdan con él, puesto que defienden como indispensable y necesario el poder político absoluto, creyendo sería ménos perjudicial fuese éste concedido á un Cuerpo legislativo que á un indivíduo.

Pero el Estado moderno no reconoce género alguno de poder absoluto, puesto que se constituye humanamente, y ni se concede ni se atribuye semejante poder á ningun hombre con relacion á otro. Tambien las elevadísimas facultades políticas del Parlamento, en la relacion natural que guardan con el pueblo inglés, esto es, con la existencia de los otros poderes en el Estado, á cuyos destinos políticos éste ayuda, y con las formas constitucionales de sus tratados y decisiones, tiene muchos límites morales y jurídicos que le ponen á salvo de las arbitrariedades y abusos. Siempre son reconocidas las últimas limitaciones formales; pero, por lo ménos, se mira con simpatía en materia de legislacion la competencia del Parlamento. Por regla general, en el organismo público no existen cuerpo y órganos que estén subordinados al poder legislativo, ó, en cuanto se extiende su destino, solamente ordenados á él, debiendo el

derecho público reconocer la regla que hace sea su autoridad legislativa la más alta y obligatoria para todos los miembros y súbditos del Estado, á la cual, por ningun camino de órden pueden substraerse. Pero, si el Parlamento, despreciando sus relaciones con la nacion y contra todo derecho, quisiere ejercer á las claras algun modo de despotismo, entónces el exceso de sus abusos suscitaría la extraordinaria resistencia de cualquier nacion libre, y es evidente que la referida omnipotencia se convertiría en ficcion cuya existencia sería imposible. Figurémonos que, tanto la Cámara alta como la baja, corrompidas por un rey cualquiera, determinan abolir la constitucion parlamentaria de Inglaterra para trasferir solamente á aquél todo el poder legislativo. Claro es que en este caso, miéntras el pueblo inglés no degenere y se deprave por completo, semejante acto parlamentario no podría con toda seguridad encontrar favor (1).

Las funciones del Cuerpo legislativo se manifiestan principalmente en las siguientes instituciones:

1. Es de su pertenencia establecer el órden duradero del mismo Estado, formar la constitucion de la nacion, mejorarla, modificarla, fundar y abolir las demás instituciones, en una palabra, á él pertenece la legislacion orgánica.

Aunque este derecho está reconocido en la mayor parte de las constituciones modernas; sin embargo, en la América del Norte, con el Congreso concurre una diputacion extraordinariamente elegida, cuando se trata de aumentar ó modificar la constitucion federal, y en cada una de las Repúblicas de Suiza, se quita directamente á la gran Asamblea ordinaria, que, fuera de este caso, ejerce la potestad legislativa, la facultad de revisar la constitucion, que, con el fin de que tratamos, se reserva á un Consejo constitucional que debe nombrarse al efecto. Si existen buenas razones

(1) Con este último concepto concuerdan tambien los comentaristas ingleses de Blackstone, 1, 2, 3, los cuales alegan por una parte «el derecho innato del pueblo,» y por otra la idea de que el poder del Parlamento en su esencia, es poder «conferido,» no originario. Un peligro enteramente opuesto se echa de ver en nuestros dias en la impotencia de la ley á que hizo referencia bien á las claras el príncipe escita Anacársis en un diálogo con Solon (Plutarco, Solon, 5), cuando dijo: «Las leyes escritas son semejantes á las telas de araña, las cuales cojen á los débiles y pequeños, pero son rotas por los ricos y por los fuertes.»

para rodear de todas las precauciones posibles, de las más estrechas exigencias la importantísima funcion de legislar, áun en este caso el colocar órganos particulares sobre el Cuerpo legislativo, producirá efectos inorgánicos á los que facilmente se seguirán perturbaciones y desórdenes.

2. Por otra parte, el cuerpo de que tratamos ejerce plenamente el derecho legislativo en todas las restantes esferas, y ordena tanto el derecho público como el privado.

Pero miéntras es solamente expresion de la ley (*loi*), el gobierno, por el contrario, y en ciertos casos tambien otras autoridades administrativas, da las ordenanzas (*ordonance décret*) en cuya diferencia orgánica se funda precisamente la distincion que média entre la ley y la ordenanza, puesto que, si aquélla es expresion de la voluntad del *legislador*, ésta lo es del *administrador*. En consecuencia, la ley regularmente sólo puede tener efecto, mediante la aprobacion de *todos* los factores de la potestad legislativa (rey y Cámaras, Congreso, etc.) (1) «No hay *ley* sin el consentimiento de la *Cámara popular*.» En la ordenacion, por el contrario, se expresa la *autoridad* del *gobierno* ó de otros magistrados.

Evidentemente se ve que la autoridad de la ley es la más elevada, puesto que en ella se manifiesta la voluntad de la *representacion general* de *todo* el Estado, así como la autoridad de las ordenanzas no puede ménos de considerarse inferior por reposar únicamente en la autoridad de un *miembro* particular del poder público, ó mejor quizás, del poder gubernativo. Por esto, pues, la ordenacion debe mantenerse dentro de los límites de la ley con la cual ha de conformarse precisamente, y asimismo, el dominio de la ordenacion debe ser limitado y estrechado más cada vez, segun vaya la legislacion adelantando en las vías del progreso.

Los campos que á ámbas pertenecen no se hallan en parte alguna, sino que, por el contrario, nos encontramos que cierto número de relaciones, las más importantes,

---

(1) En muchos de los Estados alemanes, pertenece asímismo al rey dar en casos urgentes las llamadas leyes *provisionales*, las cuales únicamente podrán conservar su fuerza legislativa, si las dos Cámaras las aprueban en la próxima sesion, caducando, por consiguiente, si se les niega la aprobacion. Véase á von Rönne en el *derecho provisional* de *Aegidis*, sobre el derecho público. Vol. I, cuaderno 3.

debe ser regulado, segun la mayor parte de las constituciones, *sólo* por la *legislacion* y nunca por las *ordenanzas*. A este género pertenecen:

a) Las *instituciones políticas* más importantes y los derechos *fundamentales*,

b) El *derecho privado* comun y el ordenamiento del proceso civil,

c) El *derecho punitivo* y el ordenamiento del *procedimiento penal*,

d) Todos los impuestos de *tributos* y el establecimiento de la *economía del Estado*

e) La determinacion de la *ordenanza militar*.

Además de tener en cuenta la ordenacion todas estas circunstancias, en cuanto es ordenada por la legislacion, no debe tampoco olvidarse que es asimismo limitada por ésta.

En circunstancias dadas, las mismas leyes hacen necesarias algunas ordenanzas, ya para que sean puestas en práctica (ordenanzas ejecutivas) ya para llenar las lagunas dejadas por las leyes, máxime cuando éstas se refieren á relaciones sujetas á frecuentes cambios.

No debemos tampoco pasar en silencio que existe una tercera clase de ordenanzas, muy comunes por cierto, que dicen referencia á *instituciones políticas* particulares, esto es, á la administracion de la hacienda, á los deberes de la policía, á los reglamentos para la ordenanza militar, no refiriéndose á la nacion en general, que, como es sabido, debe ser regida principalmente por leyes (1). Cuando se presentan las anteriores dificultades y se hacen experimentos que no pueden resolverlas, entónces es aplicable la forma de ordenanzas con preferencia á la de las leyes fijas.

Segun muchas constituciones, no son convenientes las ordenanzas generales que guardan estrechísima relacion con la legislacion y están sujetas á la comprobacion regular del cuerpo legislativo.

El desarrollo de la antítesis que nos ocupa ha tenido lu-

---

(1) Véase la exposicion de esta materia hecha por Stein en su *Teoría administrativa*. Stuttgart, 1865, tomo I, p. 62 y siguientes, donde el lector encontrará formalmente la antítesis que acabamos de exponer, y ensanchada por el autor que citamos, la esfera propia de las ordenanzas.

gar en estos últimos tiempos y áun hoy dia existen pueblos que se muestran más solícitos que otros en ensanchar el campo de la legislacion y restringir el de las ordenanzas. Las consideraciones opuestas que principalmente entran en juego al determinar los linderos de los dos campos, constituyen, por una parte, las zozobras del arbitrio del poder gubernativo, y por otra, la pública prosperidad; porque de esta suerte, ni queda embarazada la actividad del gobierno, ni el cuerpo legislativo es apto para gobernar y administrar. En Inglaterra, por circunstancias enteramente singulares, la legislacion es muy ámplia y confusa, y en Francia, por el contrario, la ley solamente se cuida de establecer los principios generales, dejando todos los detalles á las ordenanzas y decretos, miéntras que en Alemania la *práctica* adopta un término medio ordenando por leyes todas las relaciones de importancia y duracion, así como por ordenanzas las determinaciones susceptibles de cambio.

En los primeros siglos de la Edad Media, se daba importancia con preferencia á la antítesis existente entre el *derecho establecido* y las *innovaciones*, siendo estas últimas las que necesitaban, por regla general, la aprobacion de los Estados (1).

3. Al legislador ataña, además, de la mayor parte de los Estados modernos el derecho exclusivo de acordar los *impuestos* y *tributos* y áun frecuentemente la *determinacion del empleo de las rentas públicas*, así como la facultad de

---

(1) Existen algunos pasajes capitales que pueden demostrar con evidencia la difusion de este concepto en aquellos tiempos, así: a) para la *monarquía francesa, Capit. Caroli M.*, a. 803, c. 19, tenemos estas palabras: Ut populus interrogetur de capitulis, quæ in lege *noviter addita* sunt: et postquam omnes consenserit, subscriptiones—faciant. Ed. *Caroli Calvi* a. 864, c. 6: «Lex consensu populi fit et constitutione Regis.» b) Para los pueblos alemanes tenemos la ley del reino de 1231: «Super qua re requisito consensu principum fuit taliter deffinitum; ut neque *princeps* neque *alii* quilibet *constitutiones vel nova jura facere* possint, nisi meliorum et maiorum terræ consensus primitus habeatur.» Véase á Unger, *Historia de los Estados provinciales*, II, págs. 188 y siguientes. Para Inglaterra pueden aducirse las llamadas fietas acerca de la *Witenagemot* sajona llamada «a novis injuriis emersis *nova* constituere *remedia*.» d) Para Francia, la antigua costumbre de Anjou, aducida por *Schäffner* en su *Historia jurídica francesa*, II, 170: «Ne le Roy sans assentement é Barons ne peut *mettre coustume* en leurs terres —ne ils la peuvent auxir metre en la leur sans l'assentement de leurs Valvasseurs ne de la greignoui partie du pleuple.»

usar del crédito nacional, ya por medio de empréstitos, ya por medio de otras formas cualesquiera.

Esta parte de importancia práctica de la funcion del cuerpo legislativo, era extraña á los comicios romanos, y pertenecía principalmente á la autoridad del Senado. Empero los pueblos germánicos dieron en todo tiempo grandísima importancia á los derechos propios, bajo este respecto, de la representacion, y aunque en un principio se exigía en esta materia la aprobacion de los Estados, esto era sólo para la imposicion de nuevos impuestos y gabelas (1). Unicamente en tiempos posteriores se extendió el derecho de la representacion nacional hasta consentir los impuestos, llegaron á ser una seccion del reglamento de la *economía general del presupuesto*, y hasta fijar, por una parte, y autorizar por otra, en forma de ley financiera la administracion económica (2).

---

(1) En la *carta magna* de Inglaterra, 1215, leemos: «Nullum scutagium (impuesto militar de derecho feudal) vel auxilium ponatur in regno nostro, nisi per commune consilium regni nostri, nisi ad corpus nostrum redimendum et primogenitum filium nostrum militem faciendum, et ad filiam nostram primogenitam semel maritandam.» Carta de libertad del rey Eduardo I, de Inglaterra, 1297: «avuus dites graunte pur nos heyrs que mes teles aydes mises ne prises ne *trerroms a coustume* par nule chose que soit fayte (los últimos de los dichos impuestos extraordinarios no deben trocarse en impuestos consuetudinarios). Cuando es necesario tomar nuevas medidas, entónces el rey únicamente dice: «par commum assent de tout le Roiaume» se sacarán las contribuciones por «commun profist de meisme les Roiaume, *sauve les ancienes aydes é prises dues é aconstumes.*» La antigua crónica de Normandía del tiempo de Guillermo el Conquistador, dice: «En ce fait avez besoing de l'ayd e du conseil de vos amis; si le faites tous assembler et leur remonstrez vostre fait, et les requerez de ce qui vous est nécessaire, et besoigniez par leur conseil; car raison est, *que qui paie l'escot* (la contribucion), *qu'il soit á l'asseoir.*» *Código Sajon*, III, 91, § 3: «He ne mut oh nen gebot, noch herberge, *noch beede denest*, *noch recht* uppe't land setten, *is ne willekore dat* land.» Igual significacion tiene el mote de los Estados alemanes

A do no deliberemos
Ni áun siquiera acudiremos.

(2) La *Constitucion federal de la América del Norte* de 1787, I, 8, dice: «El Congreso tiene derecho para imponer y aumentar las tasas, impuestos, gravámenes y gabelas, para hacer empréstitos á crédito de los Estados-Unidos, para acuñar moneda, etc.» En la *Constitucion bávara* de 1818, VII, § 3, leemos: «El rey pedirá la aprobacion de los Estados para todos los impuestos directos, así como tambien para las nuevas contribuciones indirectas ó para el aumento ó disminucion de las existentes.» Y en el § 4: «Se propondran á los Estados, despues de la apertura de las Cámaras, las cuentas exactas de las necesidades del Estado, así co-

4. La conclusion de los tratados *del Estado* con las naciones extranjeras de ordinario se sustrae en las constituciones modernas á la competencia del cuerpo legislativo, siendo conferida al gobierno, y si por éste son con frecuencia y sin duda alguna reguladas las relaciones duraderas de toda la nacion, tambien en este punto debe darse principalmente la preferencia á la consideracion de que los intereses del Estado en relacion con los países extranjeros, son mejor ordenados por un poder reconcentrado y que discute y delibera con entera calma, puesto que las discusiones públicas en el seno del cuerpo legislativo siempre numeroso, fácilmente agrandan la dificultad de ordenar las cosas, pudiendo ocasionar á los Estados contratantes nuevos embarazos, peligros y daños (1).

Idea opuesta dominaba por el contrario en la *antigüedad*, así que para su indubitable validez, las convenciones de Estado necesitaban igualmente la aprobacion del pueblo (2), así como en la Edad Media se exigía necesariamente el consejo y aprobacion de los estados (3).

---

mo tambien las de las rentas generales del Estado (*Budget*). De la *Constitucion prusiana* de 1850, I, § 99, son estas palabras: «Todas las entradas y salidas del Estado deben ser presentadas anualmente á las misiones de Hacienda, ántes de que definitivamente se establezcan. Por último, habla en estos términos: «Todas las entradas y salidas del Imperio, deben quedar establecidas cada año y presentada á las Cámaras financieras, hasta que por último sean anualmente establecidas por una ley.» Véase el cap. 11.

(1) Véase con respecto á *Inglaterra*, á Blackstone, I, 7, 2. Tambíen en la *Constitucion federal de la América del Norte* se reserva al *presidente* el derecho de tratar los negocios de Estado, y aquel sólo está obligado «á la aprobacion del Senado,» no á la de la de los representantes, II, 2. Washington, en su mensaje del 30 de Marzo de 1792, escribió estas palabras: «Las negociaciones con las potencias extranjeras exigen discrecion y su resultado depende casi siempre del secreto. Aun en el caso de llegar dichas negociaciones á un resultado final, sería poco político el súbito descubrimiento de las medidas adoptadas, de las peticiones y condiciones propuestas ó determinadas, puesto que la revelacion del secreto podría tener dañosa influencia en los futuros arreglos y ocasionar tambien pronta rotura con dichas potencias.

(2) En Atenas los embajadores extranjeros asistían á la Asamblea popular; y en Roma estuvo en voga el principio de que debiesen los comicios votar, solamente desde los tiempos de las guerras samnitas. Si el pueblo no daba su aprobacion, entónces podía librarse de su obligacion por la consigna dada al enemigo por los magistrados que habían decretado el rompimiento de las hostilidades. Consúltense las minuciosas investigaciones de Rubino. (*Constitucion é Historia de Roma*).

(3) Unger en su *Historia de los Estados provinciales*, I, 95 y siguientes, II, 332 y siguientes. Por lo que toca á Baviera, la órden de pro-

En las constituciones de orígen más moderno, se indica nuevamente esta tendencia, y por lo ménos el mismo convenio público que, ó establece una carga para el Estado y una obligacion para los ciudadanos, ó pone obstáculos que deben ser regulados por la ley, si no en el mismo instante de las negociaciones, al ménos al amoldarse á las fórmulas preliminares de los «Tratados» en la *aprobacion* total de los cuerpos *representativos* (1). En algunas constituciones, las convenciones son principalmente de la competencia de los cuerpos legislativos (2).

---

genitura de 1506, dice: Nosotros como príncipes regentes, debemos y podemos hacer la guerra, segun se acuerde entre nos y un comun Estado provincial.»

(1) En la Constitucion del imperio aleman, art. 11.—El emperador tiene derecho de entrar en alianzas y convenciones con los pueblos extranjeros.—Los tratados con los Estados extranjeros en cuanto tienen relacion con las materias, que, segun el art. 4, pertenecen á la legislacion, necesitan para su aprobacion de la Asamblea federal, así como para su validez, han de ser ratificados por el Reichstag. En el escrito de E. Mejer, sobre el modo de concluir los contratos, obra impresa en Leipzig, 1874, podrá encontrar el lector fundamentalmente discutida la tésis sobre las verdaderas cláusulas y la formacion de las convenciones públicas.

(2) *Constitucion francesa* de 1848, art. 52. *Constitucion federal de Suiza* de 1848, art. 73, 5; y de 1874, art. 85. Autorizacion de la Asamblea federal: 5) «Autorizaciones y contratos con los pueblos extranjeros.»

CAPITULO VIII.

B. Facultades de cada una de las partes constituyentes.

1. El derecho de tener la *iniciativa* en un proyecto de la competencia del cuerpo legislativo pertenece, por regla general, á cada uno de los elementos que lo componen. Ahora bien, esta iniciativa podría tener la forma de *peticion* (*petition*) para preparar una proposicion legislativa, que de ordinario en Alemania, ántes del 1848 pertenecía únicamente á las Cámaras frente á frente del jefe del Estado (1); ó de recomendacion para que se tome en consideracion un asunto determinado, como acontece en Inglaterra con los mensajes reales dirigidos á las dos Cámaras, y en América con los mensajes del Presidente al Congreso; ó de *encargo* ó *mandato* relativo de presentar informes y proposiciones como el que dan las Cámaras norte-americanas á las comisiones, y las grandes Asambleas suizas acostumbran conferir á miembros determinados; ó puede, en fin, referirse á la materia del número siguiente.

2. Nos referimos á la presentacion de un *proyecto* de ley, ejerciendo así la llamada *iniciativa* extrictamente tal.

Es cosa natural y muy conforme con la usanza de la mayor parte de los Estados, que el jefe de cada uno de ellos y su respectivo gobierno tengan principalmente el cometido de presentar los proyectos necesarios en materia de ley al cuerpo legislativo, por lo cual en Roma este oficio perteneció primero á los magistrados, más tarde á los emperadores, y sobre todo en la Edad Media al rey y á los

(1) Véase la Constitucion francesa de 1814, artículos 19 y 21.

príncipes, rigiendo en nuestros días la costumbre de que los proyectos emanen de los gobiernos, no siendo, aún en la misma Suiza, reconocidos, segun la actual teoría del Estado, 1830, los proyectos legales como materia del cuerpo legislativo, siendo de advertir que la Constitucion napoleónica de 1852 (§ 8) confiere solamente al emperador la iniciativa en materia de leyes.

El derecho público inglés ofrece en este punto una singular excepcion, pues de las tres partes que entran en el Parlamento sólo al soberano niega dicha iniciativa, defendiéndose esta práctica como honorífica para el rey, cuyas proposiciones no deben ponerse á discusion (1). Mas á pesar de todo, en realidad, áun en Inglaterra casi todos los proyectos de ley son preparados por los ministros, y sólo cuando están seguros del apoyo del gobierno, son introducidos por vía de mociones por algun miembro del Parlamento (2).

En las monarquías constitucionales modernas la pro-

---

(1) El «Modus tenendi parliamentum» ordena que el Parlamento se tenga por el rey en persona y que las propuestas, se hagan por el canciller régio, con cuyas ideas formalmente concuerdan las teorías posteriores, puesto que los *bills* originariamente escritos en forma de *peticiones* dirigidas al rey, sólo desde los tiempos de Enrique VI (1313-1422) empezaron á redactarse en forma de *actas parlamentarias*.

(2) La práctica inglesa se ajusta al verdadero principio que debe reinar en esta materia, á pesar de que es desechado en las teorías de aquella nacion, más bien que en la práctica de muchos Estados constitucionales del continente, los cuales han sancionado la verdadera teoría. Véase á este propósito lo que dice *Sismondi* en sus Estudios I, página 164: «Sin duda en Inglaterra todos los miembros de las dos Cámaras tienen la iniciativa y la consideran como notable privilegio; pero en sus manos, ésta sólo es un medio de extender á todo el exámen del Parlamento y obligar á los miembros del Gobierno á que lo hagan por sí mismos. En realidad de verdad todas las leyes son preparadas y presentadas por un miembro del Gobierno y sostenidas por la autoridad del ministro. Cuando por casualidad acontece que la ley propuesta por la oposicion obtenga franco paso, entónces el ministro se retira, pero la oposicion tiene gran circunspeccion al ingerirse en los detalles de una disposicion que ella no habría de llevar á cabo. Mas cuando dicha oposicion reconoce sus propias fuerzas y las ve robustecidas por la mayoría, en este caso se contenta con obtener una «resolucion.» Esto no es más que un principio por ella adoptado ó expresado, dejando el cuidado de convertirlo en ley al presente ó futuro ministerio.» Los apoyos del Gobierno del Estado se deducen tambien por lo comun en días fijos. E. May. *Engl. Parl.*, pág. 222. En Suecia, los estados tenían derecho, segun la Constitucion de 1722, § 72 para elevar á la ratificacion régia cualquier proyecto nuevo de ley, que tuviese su orígen en medio de ellos, valiéndose á este efecto de un mensaje. Véase la Constitucion de 1809, § 81, 87.

posicion de ley puede de ordinario tener orígen en *cualquiera Cámara* (1). En el punto que la Cámara en su totalidad se decida en comun por la discusion, si quiere hacer uso de este derecho, en aquel mismo instante se presentará ordinariamente por medio de uno de los indivíduos que la componen una *mocion individual*. El derecho de iniciativa de las Cámaras incluye en sí mismo, y tambien como consecuencia, el derecho que cada uno de los miembros tiene á las mociones; pero éste no se pone en práctica en perjuicio de la Cámara ó del pais, sino que en su esencia es una comprobacion efectiva de la Cámara misma que, al par de ser indispensable, justifica la causa de no ser la propuesta de ley simplemente una funcion personal sino *política*, sin que pertenezca á los miembros de la Cámara como indivíduos, sino á la Cámara como cuerpo político. Los medios de que á este propósito se sirven las Cámaras son:

a) *Permision* ó *negacion* de lo que se haya tomado préviamente en consideracion, permitiéndose pase adelante la proposicion presentada, cuando á ello no se oponga un motivo grave, por ejemplo, el temor de escándalos nocivos. Esto es lo que en Inglaterra se conoce con el nombre de primera lectura.

b) *Declaracion* acerca de la importancia de la materia, despues de la relacion hecha por el mismo miembro que presenta la mocion, lo cual en Inglaterra se hace bajo la forma de permiso para la segunda lectura.

c) *Deliberacion* preliminar y *exámen* por medio de comisiones de la Cámara, ó incumbencia del Gobierno, á fin de que desde los comienzos de la discusion se estudie mejor y más íntimamente la proposicion.

3. El derecho de ordenar informaciones (*enquêtes*) para investigar de cerca las condiciones y necesidades generales y proveer á ellas por medios legislativos ó con otros que sean atribucion del Cuerpo legislativo.

En tanto que en el continente las Cámaras echan princi-

(1) La *Constitucion francesa* de 1830, art. 15, dice textualmente: «La proposition des lois appartient au roi, à la chambre des pairs et à la chambre des députés:» Véanse la *Constitucion belga*, § 27; la *griega* de 1844, § 16; la ley de *Bariera* del 4 de Junio de 1848; la *Constitucion prusiana*, § 64; la de Austria de 1861, § 12; y la del Imperio *aleman*, § 23.

palmente mano de las correspondencias oficiales, para obtener el mismo resultado en Inglaterra, este derecho es ejercido, desde muy antiguo, por las Cámaras parlamentarias en modo más liberal y razonable y con mayor éxito, puesto que las respectivas comisiones exigen tambien aclaraciones orales y escritas de algunos particulares expertos en la materia (documentos periciales y testimoniales) y no desprecian los que liberalmente se les ofrecen.

4. El derecho de recibir peticiones, querellas, manifiestos, (*adresse*), que tienen relacion con sus funciones, y de ayudarse de estos documentos en el ejercicio de sus atribuciones, para tomar, áun acerca de este mismo asunto, en casos de urgencia, algunas decisiones.

5. El derecho de inviolabilidad para expresar las opiniones, sentimientos, deseos, esperanzas y temores abrigados respecto del país.

El jefe del Estado ejerce en regla este derecho en la ocasion de la apertura de las Cámaras, al pronunciar el llamado *Discurso de la corona*. En las monarquías constitucionales este discurso es la expresion de la opinion del rey, y de ninguna manera debe tenerse á éste como simple órgano de repeticion de sus ministros (1), los cuales, por su parte, están obligados á ajustarse á aquel discurso, como á cualquier otro acto político del rey, presuponiéndose por ende el acuerdo del ministerio con el contenido y con la forma del discurso del monarca, que, por consiguiente, debe preprararse de antemano por el rey y por los ministros.

De la misma suerte, las respuestas de las Cámaras á dicho discurso son tambien expresion de las opiniones de los respectivos Cuerpos, y está en el interés de toda monarquía constitucional el que, en efecto, sean la expresion totalmente libre de cada una de las Cámaras. No es necesario que en esta materia se pida el acuerdo prévio de las dos Cámaras, puesto que no se trata de una manifestacion obligatoria de la voluntad de todos; porque, si bien ésta refuerza el peso de la autoridad moral, no debe, en manera alguna, considerarse como la expresion de la totalidad del pueblo, ya que la cabeza no puede separarse del cuerpo, y éste no ha cedido plenamente á las Cámaras su opinion.

(1) Recuérdese lo dicho en el tomo I, lib. VI, cap. 6.

Por el contrario, no pertenece á cada una de las Cámaras ó á ámbas reunidas, dar proclamas al pueblo, porque éstas no comprenden simplemente la libre manifestacion de opiniones, sino que revisten autoridad política, que, como es sabido, dice relacion á todo el Cuerpo legislativo ó á los órganos del Gobierno.

CAPITULO IX.

C. Poderes particulares.

I. Del Rey.

Al rey, como jefe del Cuepo legislativo, pertenecen por regla general y exclusivamente las siguientes atribucionnes (1).

1. *Convocacion* de las Cámaras y *reunion* del Cuerpo legislativo.

Sólo él vigila contínuamente y es eficaz; á él, como cabeza, toca, á más de ésto, reunir los separados miembros cuando la necesidad lo exija. Por regla general, áun en los mismos Estados republicanos, se deja al Gobierno esta influencia sobre el Cuerpo legislativo, si bien, contradiciendo á la teoría en otro lugar expuesta acerca del «Poder ejecucutivo,» y á la de la exclusion del Gobierno en la participacion del «Poder legislativo» (2).

Por lo demás, la reunion *regular* y *renovable* del Cuerpo representativo, en oposicion á la arbitraria convocacion ó no convocacion por medio del Gobierno, es condicion necesaria de su vida y de su integridad. El defecto de semejante institucion ha arrastrado ya á la ruina á muchas constituciones del continente, habiendo, asimismo, contribuido á la

(1) El derecho público inglés llama *prerogativas* á estos derechos, que competen *al rey solamente*, con exclusion de toda autoridad ó persona privada fuera de él. No creemos sea de recomendar la adopcion de esta palabra, puesto que por ella el *derecho* régio asume la *apariencia* de privilegio.

(2) En la América del Norte, el presidente hace uso de este derecho, al ménos en casos extraordinarios (*Constitucion*, II, 3), yen Suiza lo ponen ordinariamente en práctica los Gobiernos, si bien despues de disposiciones legales más inmediatas.

reproduccion del absolutismo y á la aparicion de los torbellinos revolucionarios. En Inglaterra, en los tiempos de Eduardo III, quedó ya establecida legalmente la reunion anual del Parlamento (1), y, aunque existen particulares interrupciones en la historia inglesa y por ley posterior se estableció que sólo se celebrase una sesion cada tres años, todavía encontramos haberse tenido por regla la reunion anual de que ántes hablamos, y que en tiempos recientes vemos asímismo adoptada en la mayor parte de las constituciones (2). Estas convocatorias están en íntima relacion con la organizacion de los fondos públicos (formacion del presupuesto ó cuentas anuales), y sirven para conservar la vida del mútuo comercio, así como cierta accion armónica y recíproca entre el Gobierno y la Cámara popular.

2. La *próroga* (*prorogation*) y disolucion (*disolution*) de las Cámaras. El *aplazamiento* (ajournement) en sentido estricto, esto es, el traslado de una sesion en el mismo período, de un dia á otro, no solamente pertenece al rey sino tambien á cada una de las mismas Cámaras. La próroga termina un período de sesiones, pero la disolucion suprime las mismas Cámaras. Con aquélla se une ordinariamente la *sancion* del rey acerca de los proyectos de ley y de los votos de las Cámaras. Esta hace necesarias nuevas elecciones (3). Con la disolucion de la segunda cámara va necesariamente unida la prolongacion de la primera (4).

3. La *sancion* de la ley es la última *decision* en todos los negocios pertinentes al Cuerpo legislativo.

En los tiempos modernos, la sancion de la ley ha sido

---

(1) En 1458, la Diputacion bávara suplicó que la Dieta fuese convocada anualmente. Pero el Duque se reserva «reunir nuestra Diputacion cuando la creamos una necesidad,» Rudhart, *Historia de los Estados provinciales de Baviera*, I, p. 220.

(2) América del Norte (I, 4), Grecia (§ 30), Prusia (§ 76), Austria (§ 9). En Francia tambien la Asamblea nacional era permanente (§ 22); la reunion anual del Senado y del Cuerpo legislativo, se exige en la Constitucion napoleónica (§ 11, 23, 43). Otro tanto puede decirse del Imperio aleman, § 69. Además de esto, en Suiza se reconoce generalmente el principio de que determinado número de miembros del Cuerpo legislativo pueda pedir la convocacion, y muchas son las constituciones alemanas que tienen períodos de sesiones de mayor número de años.

(3) Blackstone, I, 2, 7.

(4) Acerca de este punto disputan en Prusia la primera y la segunda Cámara. Pueden verse las consideraciones expuestas á este propósito por Gneist.

llamada, segun costumbre, *veto* de la misma. No creemos deba aprobarse este modo de hablar que se ha tomado, digámoslo así, á préstamo del derecho *negativo* de los tribunos del pueblo romano, segun se ve bien á las claras por la misma etimología de la palabra. La sancion de las leyes es un derecho esencialmente *positivo* del rey, siendo el complemento, la plenitud, la expresion suprema del poder legislativo, no su limitacion. No es la *ejecucion* de la ley (1) sino la *aceptacion* de la misma. Antes de la sancion no hay ley. Sólo por ella se forma.

Sin género alguno de duda reconoce este aserto el derecho público inglés, á pesar de la teoría del veto absoluto, proclamada por los jurisconsultos de aquella nacion, segun se demuestra por la fórmula de sancion. «Le roy le veut» y la fórmula de negativa «Le roy s'avisera.» Existen, sin embargo, muchas constituciones de orígen reciente que han adoptado la verdadera expresion (2).

En los Estados republicanos de nuestros tiempos se da, por el contrario, con harta frecuencia, al gobierno tan solamente un veto, y por regla general, un veto limitado (veto suspensivo), mediante el cual la validez de la ley puede ser dificultada y entre tanto impedida, como acontece en la *América del Norte* donde el presidente, valiéndose de la desaprobacion de un bill, da márgen á nuevos exámenes por parte de las cámaras é impide la eficacia de la ley, si ésta no es aprobada por segunda vez y con una mayoría de dos terceras partes de los votos (3). Las constituciones de Suiza no reconocen forma alguna de veto por parte del Gobierno.

La Constitucion de la Confederacion *alemana* ha introducido una limitacion, con caracteres semejantes á los del veto en favor del emperador, en virtud de la cual concede

---

(1) Así lo enseñan erróneamente muchos publicistas.

(2) Blackstone, I, 2, 6. La Constitucion francesa de 1814, § 22, y de 1830, § 18, dice: «Le roi seul sanctionne et promulgue les lois;» y la de 1852, § 10, añade: «Il (l'empereur) sanctionne et promulgue les lois et senatus consultes.» Otro tanto puede decirse de la Constitucion belga, § 69; de la griega, § 29; de la holandesa, § 118; de la prusiana, § 62; y de la austriaca, § 12.

(3) Véase lo dicho más arriba en el cap. 4. *Const.* federal, I, 7. La Constitucion de Noruega (§ 72 82) vacila entre la sancion del rey y el concepto de un veto simple, pero limitado por aquél.

á éste el derecho de fijar la marina de guerra por medio de proposiciones de leyes sobre la organizacion militar, así como por medio de leyes el reglamento estable y legal en posicion á las decisiones mutables de la mayoría sobre tributos y consumos. (Art. 5.°)

CAPITULO X.

II. De las dos cámaras.

No atañe, es verdad, á las dos cámaras el derecho de *cooperacion* en el gobierno del Estado y en la administracion; pero sí el derecho de *intervencion* en todo, lo cual constituye una de las más importantes distinciones del derecho público constitucional. Las asambleas políticas son órganos ineptos para el gobierno propiamente dicho y de la administracion que exige por su parte accion reconcentrada y contínua; pero, por el contrario, son órganos muy á propósito para manifestar su opinion acerca del buen ó mal modo de gobernar y administrar, ó fallar si uno y otro se conforman con lo exigido por las leyes. La monarquía constitucional excluye el gobierno de las multitudes; pero reconoce que todas las clases del pueblo tienen derecho á ser gobernadas y, por lo tanto, cuida de tener las necesarias garantías.

Por esto precisamente no están las Cámaras autorizadas para dar en cada uno de los casos órdenes á todos los empleados del gobierno ó á los mismos ministros, y sobre todo obran cuerdamente al no querer inmiscuirse por un exceso de celo en las cuestiones de detalle que á la administracion respectan.

Pero indubitablemente es de la pertenencia de las cámaras:

a) *Examinar* si en la administracion de la economía del Estado se han observado ó quebrantado las normas y disposiciones de la ley, en cuyo último caso deben confirmar y aprobar á seguida la administracion ó hacer responsable al ministro-trasgresor, obligándolo á la reparacion.

b) *Censurar* todo procedimiento *anti-constitucional* y principalmente si es *ilegítimo*, solicitando la enmienda.

c) *Manifestar* una opinion cualquiera y aconsejar la *alta política*, y, sobre todo, la que al *exterior* se refiere. No cabe duda que el gobierno no está delegado para dar semejantes consejos, pero, así como cuando las cámaras quieren sériamente hacer valer su opinion, pueden retirar á los ministros su confianza y limitarlos á disponer de las fuerzas del pueblo, así tambien no queda á los ministros otro camino que ó entenderse con las cámaras ó disolverlas y apelar á los electores. Estos principios rigen desde muy atrás en Inglaterra, mas sólo paso por paso han podido adquirir valor en el continente europeo (1).

2. Antigua institucion inglesa es el que todas las *aprobaciones* relacionadas con los *impuestos* deban ser *primeramente tratadas* en la Cámara baja, pudiendo en dicho caso la de los Lores solamente aprobarlas ó rechazarlas, pero no introducir en ellas variacion alguna. Esta institucion tiene explicacion en la historia, porque en su orígen los diputados de las ciudades y de los condados eran únicamente convocados para aprobar los impuestos, (2) de lo cual puede en consecuencia deducirse que los impuestos gravitan principalmente sobre la multitud del pueblo siendo menor la accion que ejercen sobre la aristocracia. Idéntica ha sido la práctica de otros Estados (3).

La *extension* del derecho de permision de impuestos, que pertenece á las cámaras, es de difícil determinacion. En Inglaterra se ha conservado en teoría y en esfera muy dilatada el principio de la Edad Media del *libre rechazo de los impuestos*; pero en el ejercicio práctico es imposible concebirlo tanto en aquel país como en cualquier otro, puesto

---

(1) Stuart-Mill, *Gobierno representativo*, p. 58. Ersk. May, *Historia de la Constitucion inglesa*, I, p. 381.

(2) Oigamos á Lord Chatham: «Los impuestos no forman parte de los poderes del gobierno del Estado y de la legislacion, sino que únicamente son libre don ó consentimiento de los comunes.» Ersk May, *Historia de la Constitucion inglesa*, I, 394.

(3) Véase la *Constitucion federal de la América del Norte*, I, 7; pero en ella no se limita al Senado en lo que á las modificaciones atañe. Consúltese tambien á Laboulaye, *Historia de los Estados-Unidos*, II, página 262, así como la Constitucion francesa de 1814, § 17; la bávara, § 18; la de Baden, § 60; la portuguesa de 1826, § 35, y la española de 1837, § 37.

que los miembros de ambas cámaras están, á pesar de todo, interesados en la imperturbable continuacion de la vida del Senado.

Por otra parte hay que reconocer:

a) Que el concepto de la Edad Media, segun el cual no existe *deber alguno* de contribucion por parte de los súbditos sino *libre aceptacion* por medio de los mismos ó de sus representantes, no puede conciliarse con el principio moderno del Estado, segun el cual el todo puede disponer de las fuerzas de los ciudadanos cuando las necesidades de los mismos lo exijan.

b) Que el rechazar *todos los impuestos* ó tan sólo de una *parte considerable*, *acarrea al propio tiempo completa parálisis en el cuerpo del Estado*, la cual, aunque no durase más que por breve espacio de tiempo, todavía traería consigo la ruina del órden político. El derecho de paralizar y matar, digámoslo así, al Estado no puede pertenecer, hablando en sério, á un miembro particular del cuerpo del Estado, ni debe ser defendido como principio de derecho público.

c) Que cuando la Cámara baja puede ejercer el poder de permitir ó recusar sin ninguna clase de respetos los impuestos, posee por ende el poder de *subordinar á su jurisdiccion todos los restantes poderes* existentes en el Estado, perturbando de esta suerte la totalidad de la constitucion. Esto supuesto, claramente se deduce que á los otros poderes, y en particular al rey, no queda otro camino que hacer la voluntad de la Cámara popular para obtener por este acto la continuacion de la economía del Estado, ó echando mano de un poder ilegítimo, subyugar con él á la Cámara baja para quitar por dicho medio todo derecho absoluto para rechazar los impuestos.

Cuando en el año 1848 la Asamblea nacional prusiana se aventuró á poner en práctica semejante tentativa, para obtener el triunfo de su política rechazando los impuestos, la opinion pública de la misma parte de poblacion afectada por aquéllos se levantó contra esta tentativa, al considerar con espanto el inconmensurable peligro que amenazaba al Estado.

Tambien es cierto, considerando la cuestion bajo otro punto de vista:

a) Que el derecho constitucional del *consentimiento de*

los impuestos sólo tiene significado cuando hay la posibilidad de que se haga lo contrario, esto es, de que se rehusen.

b) Que sin este doble derecho, la *intervencion* que á las cámaras respecta, frente á frente de la administracion pública, sería *ineficaz*.

c) Que tambien los otros derechos del poder llevados parcialmente y sin límites al extremo, como, por ejemplo, el *alto poder militar* del príncipe, son asímismo peligrosos tanto para el derecho público como para la libertad.

Con el fin de hacer desaparecer el contraste resultante, en los tiempos modernos se han hecho diversas proposiciones encaminadas á limitar el derecho de admitir ó rechazar las contribuciones:

a) Porque hay diferencia entre el *balance inmóvible* y el *movible*, y solamente éste puede ser rechazado, lo cual no quiere decir que el último no repose en una necesidad del Estado y que el primero sea inviolable y plenamente ajeno á la influencia de la Cámara.

b) Porque está admitido el principio; que los impuestos «necesarios al movimiento del gobierno» (1) no deben ser rechazados, aunque la cuestion de lo que es necesario, está sujeta á disputa, y exige en estos casos resolucion tal como puede darse en los Estados compuestos por otro tribunal que en los estados simples es de difícil organizacion sin perjudicar á la unidad del Estado y las atribuciones de sus poderes correspondientes.

c) Porque miéntras persisten los *antiguos* impuestos el hecho de rehusarlos, afecta solamente á los *nuevos* (2).

Creemos que, cuando no trae consigo limitacion alguna exterior, la solucion más simple de esta cuestion está en el estudio del destino interno del mismo derecho de aprobar los impuestos. En efecto, este destino no consiste más que en el cuidado de la economía del Estado, en el cual se funda á la vez la existencia y prosperidad del país en sus formas constitucionales, sin que sirva de palanca para la potencia política de las Cámaras y proteccion de todos los excesos de las mismas. Segun esto, la Cámara tiene completa libertad para aprobar ó rechazar los impuestos, no por motivos

(1) *Decision federal alemana de* 1831, III, y de 1836.
(2) Constitucion prusiana, § 109. Véase asimismo la constitucion de Babiera, VII, § 5.

extraños, sino principalmente por motivos de economía pública. Por consiguiente, á medida que dicho cuerpo considere justo ó supérfluo un gasto cualquiera, así tambien creerá justo ó injusto, oportuno ó inoportuno el hecho de decretar un impuesto. De aquí nace que toda desaprobacion acerca de esta materia sea en general, bajo este punto, un abuso y una injusticia por no estar justificada por motivos de la economía del Estado, que ha menester de entradas seguras (1).

Empero bien puede ser justificada toda desaprobacion de impuestos en particular y no ménos la autorizacion para determinar ciertos gastos, cuando las Cámaras toman sériamente á su cargo el evitar los abusos que pudieran cometerse con las cantidades recaudadas, ya destinándolas á fines injustificables, ya haciendo subir extraordinariamente los gastos. Como naturalmente se observa, esta necesidad tiene más frecuentemente orígen y mayor importancia, sobre todo, cuando la Cámara no tiene confianza en la política del ministerio. No debemos, pues, vituperar á la Cámara que se mostrase algun tanto avara, más bien que condescendiente, con determinado ministerio impopular, puesto que en esta su actitud encuentra cierto constreñimiento indirecto para arrancar á aquél la dimision.

3. Con el derecho de aprobacion de los impuestos se une frecuentemente tambien el derecho de aprobacion para contraer en pró del Estado determinados empréstitos y la venta ó hipotecas del *domanio* (2).

4. Así, pues, se encadenan las dos teorías, siendo la forma moderna principalmente la economía que abraza todo el Estado, ó sea la aprobacion del balance (*Budget*) de todas las entradas y salidas anuales, y el estado de las cuentas de la hacienda pública, si es que esto pertenece al exámen y aprobacion de la Cámara (3).

---

(1) Este es tambien el verdadero significado de la disposicion constitucional conque frecuentemente encontramos, á saber: «Los Estados no pueden ligar á ninguna condicion la aprobacion de los impuestos.» Baviera, VII, § 9.

(2) Constitucion de Baviera, VII, § 11, 18. Los Estados tienen igualmente parte, por medio de comisarios, en la comision de amortizacion. Const. prusiana, § 103.

(3) Const. de Baviera, VII, § 4, 10. Const. belga, § 115, 116. Const. prusiana, § 99, 104. Const. austriaca, § 10. Const. de la Confederacion alemana, § 69, 71, 72.

Aun en las deliberaciones referentes á dicho balance, la Cámara popular toma, de ordinario, cierta posicion predominante, puesto que toda determinacion, segun el ejemplo dado por Inglaterra, debe ante todo, recibir la aprobacion en el seno de dicha Asamblea, de suerte que, en la mayor parte de las monarquías, la Cámara alta sólo tiene derecho para aprobar ó rechazar las proposiciones de la Cámara popular, pero no el de introducir en ellas modificacion alguna, siendo, por otra parte, de escasísima importancia la diferencia existente entre ámbas Cámaras en algunas repúblicas.

Esta preponderancia de la Cámara popular no puede, sin embargo, ejercerse en grande escala, pues de lo contrario, redundaría en perjuicio de la más elevada autoridad en materia de ley; y, puesto que el haber y el deber están determinados por medio de leyes ó de ordenanzas durables y obligaciones derivadas del derecho, al estudiar el balance no deberemos echar en olvido esta determinacion. De ninguna manera conviene que lo que los factores comunes de la legislacion hayan ordenado de comun acuerdo, sea arbitrariamente mudado por órden de un factor particular. Sólo en el seno de la ordenanza jurídica, que debe ser *bona fide* reconocida, encuentran ancho campo en que esparcirse las aprobaciones, máxime cuando se refieren á las salidas del erario público, y. por lo tanto, la mayor parte del balance tiene carácter jurídico necesario y duradero (1).

Las rentas que figuran en conjunto en el balance final del año se apoyan en un cálculo hipotético sobre las sumas probables del domanio, de las contribuciones legales, del sobrante de las cuentas de años anteriores, de los empréstitos hechos, etc. Solamente en el caso de que en el balance, por la ley de las ordenanzas variables, se designen cuotas reservadas ó se dé autorizacion para enajenar los bienes públicos y para emplear el fruto de la venta, tendrá en el presupuesto la parte que á dichas cuentas se refiere carácter jurídicamente obligatorio, no siendo en las restantes circunstancias más que un acto financiero del gobierno.

Los gastos determinados más próximamente en el ba-

(1) Véase á Gneist: *Balance y ley segun el derecho público constitucional inglés, con respecto á la Constitucion del Imperio aleman*, Berlin, 1867.

lance por medio de leyes financieras están asimismo sólidamente establecidas en su mayor parte tan sólo por sancion gubernativa. El Estado está obligado á pagar sus créditos y, segun sus circunstancias, á satisfacer sus atrasos, á garantizar á sus empleados los sueldos legales, á sostener los establecimientos públicos, etc. No pudiendo la Cámara popular evitar estos gastos, nos encontramos que en semejantes casos debe regir la regla suministrada por el derecho público, á saber: siempre que las salidas estén justificadas como legalmente necesarias ó por las públicas necesidades, no deben ser arbitrariamente estorbadas; pero siempre que no estén todavía legalmente determinadas ó no hayan sido aún reconocidas como jurídicamente indispensables, por ejemplo, cuando se ofrece á los empleados cierto aumento en sus respectivos sueldos ó cuando se desea dinero para la construccion de alguna nueva fortaleza ó alguna vía férrea, en estos casos la Cámara popular está en disposicion jurídica para permitir á la administracion el consiguiente desembolso por medio de trasferencias ó para prohibirlos valiéndose para ello de las excusas que se le ofrezcan. Desde luego muchas son las dudas que pueden suscitarse sobre la libertad de semejantes decisiones, cuando en realidad de verdad no es necesaria ley alguna positiva para los gastos, pero el gobierno apela á las incontestables necesidades del Estado, miéntras que las Cámaras las ponen en duda. A este género de gastos pertenecen las salidas ocasionadas por reparaciones de edificios, por altas recompensas del trabajo, por la manutencion y equipo del ejército y por otras cosas semejantes. Difícilmente se encontrará fuera de esta controversia otro medio capaz de juzgar tan positivamente y segun la naturaleza del derecho público las cuestiones que á éste se refieren, como lo hace por medio de indagaciones y juicios el tribunal público de justicia (1). Fijar el presupuesto por me-

(1) Véase á Gneist, *Balance y ley segun el derecho público de la Constitucion inglesa*, Berlin, 1867, y á Laband, *Derecho del balance segun la Constitucion prusiana*; Berlin, 1871. H. Schulze en su *Derecho financiero del imperio y de las Dietas*, 1874, presenta con toda libertad á los grandes Estados frente á frente de los juicios del tribunal, como si aquéllos fuesen infalibles. Mas esto sólo es cierto cuando con espontaneidad el gobierno toma préviamente sobre la ley y las sentencias, ciertos acuerdos, que se opongan á las ideas de los artículos de la Constitucion.

dio de una ley financiera, tal cual hoy se practica, parécenos idea de valor, ya para el Estado, ya para la sociedad, cuando uniformemente una gran parte de los asuntos á que aquél se refiere deben ser considerados más bien como de la jurisdiccion de la ley que de la del gobierno. La totalidad, sin embargo, es norma de derecho que tiene importante valor ya para la administracion de la Hacienda, ya para el público, ya finalmente para la sociedad. La administracion adquiriría con esto poderes jurídicos y ciertas normas que oponen límite á sus arbitrariedades, las obligaciones del derecho estarían frente á frente del pueblo, y el todo no sería más que la base jurídica para la responsabilidad de los ministros.

5. Como último medio para dar fuerza á sus atribuciones, concede á las Cámaras el derecho de sujetar á los ministros á responsabilidad personal y de formarles causa.

De idéntica manera se ha desarrollado en Inglaterra esta idea, segun la cual la acusacion de los ministros pertenece exclusivamente á la Cámara baja (1), habiéndose admitido que este cuerpo represente en semejante materia al pueblo ofendido y ultrajado por ciertos manejos por parte del gobierno vituperable y dañoso. El mismo sistema pasó á la Constitucion de la América del Norte, (I, 2) con la diferencia de que en ella adquirió mayor extension, puesto que á la Cámara de los diputados pertenece el derecho de acusacion contra «todos los empleados infieles al Estado» y principalmente contra el presidente, habiéndose tomado de seguida resoluciones análogas en todas las Constituciones del continente (2), miéntras que algunas de las de Alemania siguen haciendo más difícil que en otras partes la acusacion de los ministros, exigiendo para ello la reunion de ambas Cámaras, ó cuando conceden esta facultad á alguna de ellas, la hacen políticamente ilusoria por enviar á los ministros á tribunales ajenos á la Asamblea (3).

6 Segun el derecho público inglés, á la Cámara alta únicamente atañe entender en las acusaciones referentes á la

---

(1) Véase el acta acerca de la sucesion dinástica, 1801.

(2) Constitucion francesa de 1814, § 55, y belga, § 90.

(3) Constitucion de Baviera, X, § 6. Ley bávara del 4 de Junio de 1848 y del 30 de Marzo de 1850, y prusiana, § 61. Véase más abajo el libro VII, cap. 5.

Cámara baja, de donde, como se ve, las acusaciones de interés de la prosperidad pública se consideran como cosa propia del público, miéntras que es oficio de la aristocracia dar la sentencia merecida en justicia (1). Tambien los Americanos han conferido al Senado la facultad de sentenciar en las acusaciones políticas, si bien el Senado electivo es entre ellos ménos independiente que la Cámara hereditaria inglesa, y á pesar de ser verdad que por lo demás ellos más que todos los otros pueblos dan gran importancia á la mayor division de los diversos poderes políticos. El proyecto de la primitiva Constitucion, limitaba la facultad de sentenciar á un tribunal supremo de justicia, pero tras la discusion definitiva del referido proyecto se dió la preferencia al sistema inglés, principalmente por las razones de política y de justicia que á continuacion exponemos:

a) La importancia y la dificultad de tales acusaciones han hecho que sólo á la Cámara popular se dé el encargo de entablarlas, pues frente á la grande y poderosa autoridad de la justicia parece bastante débil cualquier tribunal ordinario, de suerte que sólo la independencia y la autoridad de otro poder no ménos elevado puede establecer el equilibrio indispensablemente exigido por la confianza pública y por la importancia del juicio.

b) Estas acusaciones se refieren á las relaciones *políticas* cuya justa apreciacion presupone cierta cantidad de conocimientos y consideraciones tales cuales deben con razon esperarse de los hombres de Estado y no de simples jurisconsultos.

c) Es tan vario el procedimiento político que, en el punto que nos ocupa, sería imposible aplicar exactamente las leyes del derecho positivo que ligan á los jueces, debiendo dejar todo el proceso al libérrimo parecer del tribunal. Esta peculiaridad por una parte, y el peligro por otra de que inmediatamente se desenfrenen en semejantes procedimientos las pasiones de los partidos, hacen doblemente importante lo que deba decidir una asamblea *numerosa* y distinta de las demás por su alta é independiente posicion (2).

En esto precisamente se diferencia el sistema *inglés* del

---

(1) Blackstone, IV, 19, 1.

(2) Véanse el *Federalista* y los procedimientos más inmediatos en los *comentarios de Story*, III, 10, § 102.

americano, porque, segun el primero, la Alta Cámara puede imponer cualquier pena, sin que sea posible un nuevo procedimiento ordinario, mientras que, segun el segundo, el Senado decreta solamente la pena *política* de la *destitucion* del oficio, y la *declaracion* de *incapacidad* para desempeñar cualquier otro empleo público, perteneciendo la prueba del delito en relacion á la pena criminal al veredicto del jurado segun la ley (1). El procedimiento americano garantiza tanto al Estado como á la personalidad del acusado, haciendo al propio tiempo justa distincion entre el derecho público y el derecho criminal.

Tambien la Carta francesa de 1814 (§ 33), convirtió la Cámara de los pares en tribunal para los delitos de lesa-majestad y de atentado contra la seguridad del Estado, advirtiendo que sus atribuciones se extendían no sólo á las acusaciones que partían de la Cámara de los diputados, sino tambien á los casos en que los acusados fuesen ministros ú oficiales. Esta determinacion la encontramos copiada posteriormente en todas las constituciones latinas (2).

En las constituciones alemanas, no pertenece á la primera Cámara poder alguno jurídico en los delitos políticos, sino que en semejantes casos se remite la causa al tribunal supremo de justicia (3). Unicamente en *Baden* es donde el tribunal público se compone de miembros de la primera Cámara y de los presidentes de las salas de justicia; pero volveremos á hablar de esta materia cuando tratemos de la responsabilidad ministerial.

7. *Cada una de las Cámaras* ejerce *sobre sí misma* el *derecho* y cuida independientemente de la administracion del órden interno, á cuyo fin al presidente y á la Asamblea pertenece cierto *poder disciplinario*, que en Inglaterra es tan ámplio, como ordinariamente limitado en el continente.

8. En Inglaterra, las leyes que respectan á la *composicion y á los derechos* de la *Cámara alta*, deben ser *primeramente* presentadas á dicho cuerpo, pudiendo ser aceptadas ó deshechadas en la Cámara baja, pero no enmendadas (4).

9. Posicion y cometido bastante *particular* es el del Se-

---

(1) Constitucion federal, I. 3.
(2) Portugal, 1826, § 40. Nápoles 1848, § 48 y Grecia, § 84.
(3) Baviera, X, § 7. Bélgica, § 90. Holanda, § 177, 179 y Prusia § 95.
(4) Blackstone I, 2, 4. Véase á Mühry en la *Revista de Mittermaier* XXIV, p. 369.

nado, segun la nueva Constitucion napoleónica, pues le corresponde:

a) El derecho de impedir, mediante su oposicion (*Veto*), la promulgacion de una ley, con tal que esté en contradiccion con la Constitucion, con la moral, con la religion, con la libertad de cultos, con la libertad individual, con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, con la inviolabilidad de la propiedad, con el principio de inamovilidad del órden judicial, ó bien por ser perjudicial á la defensa del país (§ 26);

b) El poder de llenar las lagunas de la constitucion por medio de senado-consultos (§ 27);

c) La *Casacion* de todos los actos anti-constitucionales (§ 28);

d) La iniciativa para nuevas leyes y para introducir cambios en la Constitucion.

CAPITULO XI.

DE LAS LEYES.

I.—Especies de leyes.

Por la palabra *ley* comprendían originariamente los Romanos *la imposicion de todo vínculo jurídico*; de suerte que por la expresion *lex pública* entendían el vínculo público impuesto y aprobado por el mismo pueblo, el cual se daba á sí mismo la ley, quedando obligado á su cumplimiento, tocando al magistrado interpelar al pueblo sobre la aceptacion del referido vínculo (1). Por consiguiente, en su orígen la ley romana tenía ménos el carácter de precepto emanado del pueblo que de deber al cual aquél se obligara. Pero posteriormente los Romanos llamaron leyes sobre todo á las ordenanzas y reglas generales del derecho establecidas por la Asamblea popular (2).

En el lenguaje jurídico moderno, la voz *ley* se toman en diferentes sentidos.

a) En primer lugar, para indicar *toda determinacion general del derecho, regla jurídica, ó toda ordenanza duradera de derecho, institucion*, y tambien toda determinacion del derecho consuetudinario y áun los mismos estatutos de las sociedades privadas.

b) En sentido más limitado, se comprende bajo este vocablo toda regla y ordenamiento jurídicos del Estado expresados por una *autoridad pública*, de donde acostumbramos llamar leyes á los edictos de los magistrados romanos, á

(1) Populus legem accipit, tenetur lege, magistratus fert legem. Véase á Rubino, *Investigaciones*, I, p. 353 y sig.

(2) Atejus Capito, segun Gellio en su obra *Noctes Atticæ*, X, 20, dice: «Lex est generale jussum populi aut plebis rogante magistratu.» Gaius, *Inst.*, I, § 3: «Lex est quod populus jubet atque constituit.»

los decretos y rescriptos de los emperadores, á los estatutos de los concejos en las ciudades, y á las formas de la Edad Media, como lo hacemos en nuestros tiempos con referencia á las ordenanzas del gobierno.

c) Empero, en sentido propio se entiende por ley sólo la que emana de la suprema potestad legislativa, del *cuerpo legislativo,* ó sea, la *institucion* y *regla jurídica* duradera y revestida de la suprema autoridád política, en oposicion, tanto á todas las otras decisiones de derecho y órdenes de los restantes órganos del Estado, como á las resoluciones del mismo legislador, en los casos particulares de necesidad momentánea.

Con rela cion á su contenido debemos distinguir:

a) *Las leyes constitucionales* y *fundamentales* por medio de las cuales se regulan las instituciones fundamentales del Estado, y tal vez los derechos tambien fundamentales de los respectivos ciudadanos y personas que en él habitan.

b) *Las leyes orgánicas* que completan y perfeccionan en modo particular la constitucion en el sentido de la ley fundamental.

Ahora bien, en cuanto estas dos maneras de leyes reposan en la funcion *organizadora* del legislador (lo cual no puede decirse idénticamente de los derechos fundamentales), son base para los derechos *necesarios* y *obligatorios* y tienen carácter *eminentemente* político, pertenecen á lo que se conoce con el nombre de *jus publicum*. Las nuevas leyes constitucionales y fundamentales en muchos Estados, por razon de su importancia, han menester de forma más rigurosa y de necesidad más apremiante que las leyes orgánicas ordinarias (1).

c) Leyes *gubernativas* (administrativas) y *políticas* en el sentido íntimo, tanto para regular los modos de gobernar como los derechos políticos de los ciudadanos en particular. Estas leyes no siempre entrañan naturaleza obligatoria, sino á lo más, tienen carácter de contenido determinante y limitador, ya con respecto á las funciones de los poderes públi-

---

(1) La Constitucion federal suiza de 1848, en su art. 114 dice: «Toda Constitucion federal tendrá fuerza despues de revisada, cuando haya sido aceptada por la mayor parte de los ciudadanos de Suiza que gocen del derecho del sufragio y por la mayoria de los cantones correspondientes.»

cos, ya con relacion al ejercicio de los derechos de libertad.

d) Leyes *financieras* encaminadas á la regularizacion de la economía del Estado, las cuales tienen siempre cierto carácter de derecho público (*jus publicum*), que no siempre es obligatorio, sin que por eso dejen de entrañar determinada *autorizacion* del gobierno, como, por ejemplo, para proteger el crédito del Estado y elevar los impuestos.

e) Leyes *penales* y de *policía* que, por regla general, contienen *mandatos* y *conminaciones de penas*, siendo, por consiguiente, de carácter coactivo, pero que de ordinario abren á la prudencia del juez libre campo para decidir segun las circustancias particulares, acerca de las transgresiones del mandato.

f) Leyes de *derecho privado* que tienen por fin regular y asegurar las relaciones civiles, y que únicamente son obligatorias por excepcion y cuando los intereses públicos lo exigen. Estas leyes, por lo general, sólo tienen el carácter declarativo, aunque con reserva respectivamente á la determinacion voluntaria é individual de las personas privadas, las cuales, en sus contratos, dan á su arbitrio las leyes que han de regir en la materia, fijando únicamente lo que como *opinion regular del derecho* de las partes debe ser considerado y respetado siempre que las mismas no establezcan género alguno de irregularidad (1).

Consideracion particular exigen las leyes de exencion á que el uso ha dado el nombre de *privilegios*, dando quizás á esta palabra extension harto inconveniente, de donde ha nacido, sin duda, la repugnancia que en nuestros tiempos tiende á la igualdad del derecho, y es contraria á los privilegios y áun á las instituciones que, sin embargo, no revisten el carácter de aquéllos. Así, los derechos del rey, por no pertenecer más que á su persona, han sido llamados privilegios, y segun este falso modo de hablar, casi todo el derecho constitucional del Estado, sería y debería ser considerado como un cúmulo de privilegios, ya que á cada órgano particular pertenecen derechos especiales y exclusivos, mientras que el mismo derecho abunda en modo excesivo en el espíritu del *todo*, siendo, por lo tanto, en su esencia de naturaleza normal.

---

(1) Véase á Savigny, *Sistema del derecho romano*, p. 41 y sig. de la version española.

Los privilegios son siempre *leyes de excencion* y en realidad:

a) O exenciones individuales de la ordenanza regular jurídica y del derecho comun. (Como privilegios de derecho público de esta clase, podemos, por ejemplo, citar (1) el ostracismo de los Atenienses y el destierro de los Borbones de Francia, así como el monopolio de una industria cualquiera sería un privilegio de derecho privado);

b) O *reglas de excencion*, las cuales contienen un *desviamiento* ordinario, justificado y disculpado en igualdad de circunstancias por los motivos de utilidad y oportunidad, alegados por el derecho comun, constituyendo, por consiguiente, un derecho *anómalo* (2). (Los derechos propios de la magestad del monarca, la *dignidad de par* de los lores ingleses, la inamobilidad de los jueces son derechos normales, miéntras que la inmunidad del clero, el fuero particular de los nobles, la exclusion de los Judíos de todos los cargos y empleos públicos, la facultad misma de testar en los soldados, son, por el contrario, privilegios en este sentido, no debiéndose olvidar que con frecuencia lo que originariamente fué derecho normal, en la sucesion de los años, dadas las circunstancias, se convierte en privilegio infundado, siendo de esta clase los que tantos ódios acarrean; en los tiempos más antiguos, por ejemplo, la inmunidad de que gozaban en materia de impuestos los caballeros que servían en cuerpo y alma al Estado, podía por esta razon ser considerada como derecho normal, pero tanto en el siglo XVII como en el XVIII, dicha inmunidad pasó á ser mero privilegio).

---

(1) Código romano de las Doce Tablas IX: «Privilegia ne inroganto.»

(2) Paulus in L. 16, *D.*, *de Legibus* (1, 3) dice lo siguiente: «Jus singulare est, quod *contra tenorem rationis* propter quamdam utilitatem introductum est.» Julianus in L. 15 cod. añade: «Quod vero *contra rationem juris* est, non est producendum ad consequentias.» Véase á Savigny, *Sistema*, I, 61.

CAPITULO XII.

II.—Forma genética de la ley.

Cuatro son los momentos que acerca de la materia de este capítulo se distinguen: 1) *Formacion del proyecto de ley*; 2) *Discusion* acerca del mismo; 3) *Aprobacion*, y 4) *Promulgacion* de la ley (1).

1. Como quiera que el *proyecto de ley* forma la base de la discusion y contiene en sí toda la ley futura, de aquí es que la diligente y buena formacion del referido proyecto sea, por regla general, asunto decisivo para todo lo demás. Cualquier proyecto mal diseñado, digámoslo así, y mal elaborado, difícilmente podrá ser arreglado por medio de la discusion, á la manera que una mala poesía no podrá ser corregida por medio de la crítica. Toda ley buena es una obra de arte, y, por consiguiente, el encargado de hacer el proyecto ha de ser un maestro.

En la antigüedad, el proyecto se elaboraba, por regla general, individualmente, de modo que en Aténas podía presentarlo cualquiera de los ciudadanos, mientras que en Roma solamente los magistrados. Empero, tanto en una como en otra parte, siempre era necesaria la discusion y la aprobacion, que en la primera de dichas capitales pertenecía á un concejo, mientras que en la segunda al Senado. En los tiempos actuales, los proyectos, por lo comun, son presentados por el Gobierno, y raras veces por los miembros

(1) Véase con respecto á Inglaterra á Ersk. May en la obra *Parlamento inglés y su constitucion*, traducida por Oppenheim, Leipzig 1860, y con respecto á los Estados-Unidos de América á L. S. Cushing, «Law aud Practice of legislative Assemblies in United States of América.» Boston 1856.

del Cuerpo legislativo, aunque siempre presuponen, aún en el primer caso, el trabajo individual de un redactor, cuando deben ser discutidos, tanto en su fuerza como en su contenido.

2. Si el proyecto (la proposicion) ya ha sido publicado, entónces se sujeta á discusion, la cual puede ser, ó deliberacion preliminar, ó discusion propiamente tal.

La discusion preliminar puede hacerse en forma muy simple ó sin formalidad. Entre los Romanos, servían á este fin las reuniones que precedían á los comicios y que deliberaban préviamente. En nuestros tiempos, esto se hace principalmente por medio de la discusion pública en la prensa, pudiendo igualmente hacerse de otros modos, mediante los trabajos é inspiraciones de personas privadas. Si esta discusion preliminar debe auxiliar en la materia—y es cierto que de esta manera la opinion pública tiene oportunidad de manifestarse con toda libertad;—tambien es necesario que el proyecto de ley se haga de dominio público ántes de tener lugar la discusion principal en las Cámaras.

Más importante aún que la anterior es la discusion preliminar ordinaria de las mismas, para lo cual sirven las Diputaciones, comisiones.

Llama la atencion en esta materia el sistema inglés de las Comisiones y de su respectivo exámen y relaciones. En casos importantes, toda la Cámara se trueca en comision; en otras circunstancias, segun los casos, se eligen diputaciones particulares, observándose al propio tiempo la laudable costumbre de que los diferentes partidos esten representados en las comisiones. Tambien, y no sin razon, han alcanzado celebridad las discusiones inglesas, tanto por su profundidad como por su riqueza, y, si es lícita la palabra, por su viva evidencia. En efecto, no sólo se exigen relaciones oficiales, sino tambien las privadas, de personas experimentadas, y preferentemente por medio de comparecencias y coloquios personales por escrito, de todo lo cual se hace despues referencia en la correspondiente acta, siendo por lo tanto de gran utilidad las proposiciones de las comisiones.

En el continente, las Cámaras se contentan por lo comun con pedir al Gobierno los necesarios informes sobre el particular. Este método de verificar la correspondiente inquisicion en cada asunto determinado, obra con mayor rapidez y cuesta ménos que el sistema inglés; pero el influjo de los

empleados de la Administracion, que redactan las informaciones, es mucho mayor, miéntras que las comisiones adquieren ménos detalles del asunto en cuestion, para entrar en inmediatas relaciones con los gobernados y poder conocer sus opiniones, deseos y quejas. En muchos casos, el método usado en el continente y que se apoya en el conocimiento de la administracion, puede ser ventajoso, pero no debemos olvidar que es importante saber que en otros casos las comisiones se reservan la libre é inmediata investigacion de los asuntos que les competen.

Diversos son tambien los métodos usados en Francia y Prusia, en cuyas naciones la Cámara queda subdividida, segun cierto número de oficios conferidos por suerte, perteneciendo á los que lo desempeñan el nombramiento de las comisiones, así como tambien en Baviera se eligen por medio de la Cámara comisiónes de las distintas agrupaciones, ó tambien los métodos frecuentemente puestos en práctica cuando se eligen con plena libertad las comisiones para los diferentes trabajos que pueden ofrecerse en las Cámaras.

El mejor entre todos los sistemas sería escoger entre las diversas formas la que más se conformase con la naturaleza de los distintos casos; pero cualquiera que sea el sistema adoptado, en todos ellos hay que considerar sériamente que, por una parte, tomen parte en las Diputaciones los miembros más expertos y más capaces de dar juicio sobre los diversos partidos y las diversas tendencias, miéntras que por otra, ha de procurarse que las Diputaciones no limiten á esferas oficiales sus investigaciones é informes, sino que libremente puedan pedir la cooperacion de peritos.

En la discusion principal que debe tener lugar en la misma Cámara hay que tener en cuenta las siguientes condiciones:

a) Libertad de palabra para cada uno de los miembros, la cual no puede ser limitada

φ) por las instruciones de los electores, pues, como decía Burke á los suyos: «No es el Parlamento un Congreso de diferentes comunes para tratar intereses divergentes entre sí y extraños, á los cuales individualmente, como agente y procurador, debe cada uno mantener incólumes contra los otros agentes y procuradores, sino que el Parlamento es una asamblea deliberativa de un pueblo único que tiene un

sólo interes, el de la totalidad, que á su vez debe ser dirigida ó influida, no por las miras y privilegios locales, sino por el bien comun reconocido por el consentimiento general del todo (1).»

La autorizacion de votar en la Cámara alta inglesa por medio de un mandatario representante del cometido de los Lores (*vote by proxy*) es un resto del primitivo organismo de las agrupaciones no aplicable ya en el actual sistema representativo (2).

β) Tampoco deberá ligar á los miembros de la Cámara la *decision precedente de los clubs de los distintos partidos*, los cuales podrán enhorabuena reunirse para mejor preparar la discusion; pero nunca habrán de olvidar que sobre los intereses de los partidos está la utilidad general, que ni siquiera consiente las tentativas de semejantes apremios (3).

γ) No deben existir amenazas de *inminencias de persecuciones*, puesto que es máxima reconocida en derecho pú-

---

(1) Burke, *Discursos de* 1774. Véase tambien la Carta de Washington de 15 de Noviembre de 1786, que literalmente dice asi: «En los asuntos nacionales puédese muy bien, manifestar el sentimiento de la colectividad, pero no su voluntad; debiéndose dejar á los diputados la facultad de decidir segun las circunstancias y las convicciones.» En la Constitucion francesa de 1848, pág. 34, encontramos lo siguiente: «Los miembros de la Asamblea nacional son los representantes, no del departamento que los nombra, sino de Francia entera.» El § 35 dice: «No pueden recibir mandato alguno imperativo.» En la Constitucion de Baviera, § 25, la fórmula del juramento está concebida en los siguientes términos: «Juro deliberar en la Asamblea de los Estados solamente acerca del bien y mejoramiento general de todo el país, sin atender á los centros ó clases particulares, segun mi interna conviccion.» Por último, véase cómo se expresa la Constitucion prusiana, § 83: «Los miembros de ambas Cámaras son representantes de todo el pueblo y votan segun la libre conviccion, sin estar ligados á órdenes é instituciones.»

(2) Blackstone 1, 2, 4, Constitucion de Baviera, § 17: «Ningun miembro de la primera y de la segunda Cámara podrá hacerse representar en su respectivo puesto por medio de un mandatario.»

(3) Programa de la asociacion monarquico-constitucional de Mónaco de 17 de Mayo de 1849: «Nunca debe un partido, llámese derecha ó izquierda, anticipadamente comenzar á malear *per se* el voto de alguno de los diputados del pueblo, porque en este caso quedaría degradado convirtiéndose en simple diputado de partido, cuyos oidos quedarían cerrados ante las razones de sus adversarios, se dispondría á placer de la libertad de su voto, se amordazaría la libre discusion de la Cámara, que reune en su seno á todos los partidos, se impediría la accion de cualquier exámen acerca de los intereses populares, se perturbaría la libertad necesaria para discutir y determinar y, por último, se interrumpirían las funciones del todo.»

blico moderno, introducida en favor del interes superior y nacional del Parlamento, la libertad de palabra, de modo, que ningun miembro del cuerpo legislativo será legalmente perseguido por las opiniones que manifieste en el seno de la Cámara ó por sus votos, no debiendo tampoco ser llamado á rendir cuenta fuera del cuerpo legislativo (1).

δ) Asímismo, el privilegio, que en muchas constituciones modernas garantiza á los diputados que, durante la reunion de los cuerpos representativos, sin autorizacion de la Cámara no podrán ser llevados á la cárcel, á ménos que alguno fuese sorprendido en un crímen palmario, tiene principalmente por fin no establecer fundadamente la libre cooperacion por medio de la consulta acerca del arresto y de la persecucion, sino que tiende á impedir la precipitacion de la sentencia jurídica (2).

Por el contrario, pertenece tambien, tanto al *presidente* como á la *Cámara*, mantener los debates dentro de los debidos límites del órden y de la conveniencia, advertir de los abusos (llamar al órden, retirar la palabra) y castigar los ultrajes descorteses, así como en Inglaterra se verifica esto por medio del encarcelamiento, y en Alemania por la expulsion de la Cámara. El honor y autoridad no ménos que la cualidad y grandeza de su cometido requieren irremisiblemente la observancia de semejante modo de obrar y de medidas decisivas de represion, á fin de asegurar el mejor acuerdo y conveniencia parlamentaria entre los individuos de la Cámara (3).

---

(1) English Bill of rights de 1869; Blachustone 1, 2, 3; Story, Comm II, pág. 12, § 124 pág. 10, § 109; Constitucion de Baviera VIII, § 27 Belga, § 44; Griega, § 55; prusiana, § 84. El referido principio ha penetrado hasta en la misma Constitucion de Suiza.

(2) Véase sobre este particular las discusiones del Reichstag aleman en Diciembre de 1874 y en 1875.

(3) He aquí lo que á este propósito dice Sismondi en su obra. Etudes *sur les const. de peuples libres* I, 145: «Cualquier tumulto, cualquier violencia en el lenguaje, cualquier excitacion de la cólera y de las pasiones de la Cámara no deben considerarse como meras ofensas hechas á la dignidad nacional, sino tambien como atentados á la libertad, á la soberanía de la sabiduría de la nacion, la cual constituye el más bello de los derechos de la supremacía de los pueblos libres. En Francia, las excitaciones de las pasiones populares mataron el espíritu de la representacion y apénas si dejaron con vida su forma. ¿Cómo una Cámara cualquiera puede aspirar al público respeto, si siempre se manifiesta desenfrenada y violentamente marchando á su ruina, cuando no cuida para nada del cumplimiento de su cometido? Si ha de representarse la

b) El derecho de *proponer enmiendas* (*amendements*) que, segun el ejemplo de Inglaterra, pertenece de ordinario á los miembros de la Asamblea, fué puesto en práctica en el Continente con mucha más amplitud que en aquel país, pudiendo las comisiones echar mano de él y en mayor escala dentro de su propio seno. Sin embargo, cuando se trata de la discusion principal de la Asamblea hay razon suficiente para mantener dentro de los límites establecidos tanto las mociones como las propuestas de enmiendas presentadas por los miembros, defender á la Asamblea de toda sorpresa, y resguardarla de los excesos, teniendo con esto cuidado de que no sufra detrimento alguno la armonía ni la autoridad de la ley.

c) La obligacion de *repetir* los debates ántes de llegar á una decision definitiva, debe considerarse como seguridad de la madurez de las opiniones y de las voluntades. En Inglaterra se exije, por intérvalos, *tres lecturas* de cada proyecto de ley, la primera de las cuales tiene por único objeto ponerlo en conocimiento de la Cámara é invitarla á tomarlo en consideracion, lo cual solamente se niega cuando la Cámara determina no discutir la cuestion ó rechazar en principio el proyecto; pero, concedida la primera lectura, se nombra una comision que discuta en general la cuestion y determine sus detalles, y sólo cuando ha termi-

---

nacion ¿porqué esta Asamblea no refleja sus tendencias y se reviste de su espíritu?—El destino de Francia, el triunfo final de la causa de la humanidad se halla amenazado por estos manejos perniciosos que en los tiempos que corremos ejercen su influencia sobre todas las Asambleas representativas, por esas demostraciones de aprobacion de que pretenden participar y que se manifiestan en la expresion de las pasiones, en el talento de mordaces diatribas, por esa manía, en fin, de brillar que pospone el tono propio de la verdad y los pensamientos de la sabiduría al triunfo del tribuno, triunfo que dura un dia, al cual sigue la desaprobacion que se desparrama por todo el cuerpo y arrastra tras sí hasta el descrédito de las mismas instituciones libres. Tiempo es ya que Inglaterra tambien vuelva á sus antiguas costumbres parlamentarías y á su antiguo sentimiento de conveniencia!, y creemos llegada la hora de que todos los restantes Estados se dediquen á estudiar á esa nacion, puesto que las formas representativas pierden la utilidad que les es propia y caen en desprestigio cuando no se levantan en alas de la dignidad, la urbanidad y por el refrenamiento de las pasiones en las correspondientes polénicas.» El autor inglés Benthan ha expuesto observaciones muy profundas sobre esta materia en la obra intitulada «Táctica de las Asambleas legislativas,» mereciendo tambien especial atencion los estudios más recientes hechos por R. V. Mohl acerca del Reichstag aleman.

nado todo su trabajo se pasa á la tercera lectura, en la cual únicamente se permiten enmiendas en la redaccion (1).

Por regla general en el continente se reconoce como norma una sola lectura, aunque tambien aquí á la discusion principal preceden de ordinario las discusiones de las comisiones, de modo que, estando ya préviamente introducido el proyecto, la lectura á que nos referimos hace las veces de la s gunda y de la tercera usada en Inglaterra. Sólo por una excepcion, como, por ejemplo, acontece cuando se trata de leyes constitucionales, algunas constituciones, como la *prusiana*, prescriben *replicadas* decisiones y muy rara vez, como en Zurich, con respecto á todas las leyes. El reglamento del Reichstag aleman ha introducido como regla general la multiplicidad de consultas, así que la primera lectura indica que el proyecto ha sido examinado y tomado en consideracion, la segunda equivale á la consulta principal, y la tercera puede tenerse como la consulta final.

d) Muy particular era el método empleado por los Atenienses al establecer determinados procuradores del Estado para defender las leyes *antiguas* contra los ataques de los nuevos proyectos. En la época de novedades que atravesamos esta institucion antigua no sería ciertamente inútil y creemos serviría mucho para considerar y comparar el órden vigente con las nuevas reformas.

3. La *aprobacion* de la ley se lleva á cabo por medio de la *votacion*, que asimismo debe ser *libre*. Lo que la mayoría determina tras la correspondiente discusion, equivale á la opinion y voluntad de toda la Cámara. Ahora bien, dicha votacion puede ser pública, ya alzando los votantes las manos, ya levantándose y sentándose en los correspondientes escaños. La primera de las dos maneras anteriores es ménos confusa y no entorpece, digámoslo así, á la libertad, puesto que es menor la incomodidad que la que resulta de levantarse y volverse á sentar. Raras veces y sólo por motivos particulares se adopta la votacion secreta por medio de bolas ó papeletas. Los representantes del pueblo no deben huir de la luz sino que abiertamente deben manifestar sus opiniones. La votacion nominal, sin embargo, se justifica

(1) Oppenheim, artículo sobre el órden parlamentario de los negocios, en el *Diccionario político aleman*; Haym, *Anales prusianos de 1859*, cuaderno 2.

sólo en casos particularmente importantes, y algunas veces, despues de llevada á cabo, ocasiona trasportes de entusiasmo, intrigas y manejos de partidos.

Lo votado por las Cámaras es la sancion de la cabeza del Estado, que es la única que, dando fuerza legal al proyecto, lo convierte en Bill.

4. Con la sancion de la ley toca á su perfeccion el acto propio de la legislacion. La *anunciacion*, la *promulgacion* la *publicacion* de la misma, son tres actos regularmente considerados como propios del gobierno, pues, por medio de ellos se hace sabedor al pueblo en forma oficial del contenido de la ley, y se asegura su observancia (1). La *validez* de la ley comienza con la sancion, y la anunciacion es consecuencia necesaria, no fundamento de aquélla. La *obligacion jurídica* de la ley, sin embargo, empieza en muchos Estados, en el instante en que se hace la anunciacion pública, (2) lo cual se verifica por medio de la prensa.

---

(1) Esto vale tambien con relacion á las Repúblicas suizas, donde al Gobierno no corresponde el veto, ni áun la sancion. En Francia: «Le président de la République promulgue les lois au nom du peuple français.» Const. de 1848, § 56-59.

(2) *Code civil Napoléon.*, § 1. *Código austriaco*, § 2. Los Ingleses admiten que mediante la declaracion de la sancion regia en el Parlamento, sea para todos obligatoria la ley, porque lo que en el Parlamento acontece públicamente, todos lo conocen. Blackstone, I, 2, 6. Otro tanto puede decirse de los Americanos. Véase á R. V. Mohl, *Derecho público del pueblo y de la política*, II, p. 602.

CAPITULO XIII.

LÍMITES DE LA VALIDEZ DE LA LEY.

La potestad del legislador, á pesar de no ser absoluta (1), es la más sublime entre todas las del Estado, siendo muy difícil imponer, por medio de instituciones políticas, límites al ejercicio de la misma; así que, cuando el legislador no se mantiene dentro de su esfera, é infringe los preceptos morales impuestos por los grandes fines del Estado, por la justicia y la prosperidad universal, nó es hacedero dar con el verdadero camino, valiéndose para ello de medios externos suministrados por el derecho.

Hay, sin embargo, algunas consideraciones sobre el ordenamiento jurídico que pueden tenerse como limitaciones contra las arbitrariedades legislativas.

1. El exámen formal sobre si una ley secundaria ha sido hecha segun los procedimientos constitucionales, pertenece á los restantes poderes del Estado, cuando éstos tienen que proceder á su aplicacion ú observancia. Así, pues, si dentro de la monarquía constitucional estuviesen las dos Cámaras á punto de anunciar una ley, no sancionada por el rey, entónces, con pleno derecho, podrá el gobierno y el órden judicial negarse de consuno á su reconocimiento; y si á su vez el rey estuviese á punto de proclamar una ley no aprobada por las Cámaras, en un país donde este requisito fuese necesario, en este caso todos podrían negar obediencia á la pretendida ley (2).

(1) Véase lo dicho más arriba en el c. 7.

(2) Puchta, *Pandectas*, § 5, Beseler, *Derecho privado aleman*, I, 71. Recientemente se ha debatido la presente cuestion en Alemania. Véase

Con todo, el exámen de los restantes poderes del Estado, no se extiende al estudio del modo en que existe la composicion de una Cámara determinada, ni de la capacidad de la misma para deliberar en cada uno de los casos. Así, por ejemplo, el juicio sobre la validez de las elecciones particulares de diputados, sobre la necesidad de la presencia de cierto número de miembros, etc., debe ser emitido por la misma Asamblea, sin que sus actos estén en lo más mínimo sujetos á la intervencion de autoridades, ya sean administrativas, ya judiciales.

2. Mayores dificultades presenta el no reconocimiento de una ley, cuando para él se alega que el contenido de la misma es anticonstitucional.

Se comprende que el mismo poder legislativo, áun en el caso de haber violado la constitucion ó cometido una injusticia dentro del Estado, cuya generalidad representa, no está sujeto á ningun género de responsabilidad, y no siendo capaz de pena, mucho ménos podrá ser acusado. Aun en aquellos Pueblos en que el jefe supremo del Estado es responsable de su gobierno, jamás se ha pensado en la posibilidad de declarar responsable al Cuerpo legislativo. Todas las restantes autoridades, todos los que desempeñan cargos, son únicamente órganos particulares en el cuerpo del Estado. Esto supuesto, ¿cómo podría, concebirse que la parte sentenciase al todo, el miembro al cuerpo? (1).

Seuffert en el *Archivo de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia*, IV, Nr. 250, y á Vollert en el *Diario de ciencias políticas de Mohl*, X. p. 328 y sig. Al discutir esta tésis, frecuentemente sólo se considera la materia con respecto al juez, acerca del cual se pone en tela de juicio la validez y aplicabilidad formal de una ley en una causa en estado de proceso. En este caso, el juez examina si hay autoridad legislativa, como investiga si vale la aplicacion del derecho consuetudinario ó científico. Empero la cuestion debe considerarse tambien con respecto á la administracion, porque tambien ésta, dentro de la esfera que le es propia, debe obedecer á aquella autoridad, y por consiguiente, ante todo debe reconocerla. A mas de esto, no puede negarse que, en el último caso, la cuestion pertenece al derecho público, de donde es consiguiente sea necesaria la mayor autoridad política del cuerpo legislativo para el futuro reconocimiento ó no reconocimiento de una ley dudosa.

(1) Esta doctrina es aplicable no ménos á los Estados republicanos que á los monárquicos. Story, *Comm.*, III, St. 38. En oposicion á estos principios, los tribunales de Lucerna condenaron en 1850 á los miembros de una Gran Asamblea ya disuelta, á causa de una convencion política, aprobada por aquéllos, á pesar de habérseles préviamente informado de la ilegitimidad del procedimiento, por la Facultad de los juristas de

En la mayor parte de los Estados modernos no se ha adoptado, en consecuencia, medida alguna jurídica contra la validez y reconocimiento de una ley, cuando su contenido esté en contradiccion con la Constitucion. La autoridad del Cuerpo legislativo, sea la que fuere la extension de sus funciones, tiene valor supremo é incontestable; por lo cual, los jueces no están en manera alguna facultados para atacar el contenido de una ley é invalidarla por medio de su autoridad, así como, por el contrario, se extienden á la aplicacion de las leyes, á los distintos casos particulares, no á los principios en toda su generalidad, estando, por consiguiente, obligados en los juicios á ellos sometidos, á someterse á su vez á la autoridad superior del legislador (1).

A estos últimos principios, que están en vigor tanto en Inglaterra como en el continente europeo, y que tienen su base más profunda en la armonía y unidad del organismo del Estado y en sus funciones, contrapone el derecho público de la América del Norte otro sistema, segun el cual los tribunales están llamados y obligados á negar su consentimiento, por no ser válida, á una ley que, segun la opinion de los jueces, está en contradiccion con la Constitucion, é impedir, por consiguiente, la ejecucion de la misma (2). Los estadistas americanos ven en esto «el valor de su Constitucion, porque pone en las manos un remedio áun contra los mismos errores del poder legislativo (3).» El periódico intitulado *Federalist* aduce en pró de estas ideas las siguientes razones: «El poder del pueblo, dice, está sobre el poder legislativo y judicial, y la Constitucion debe preferirse á los estatutos, el respeto al público, al respeto debido á sus agentes. Por consiguiente, siempre que la voluntad de los legisladores, expresada en los respectivos estatutos, contradiga á la voluntad del pueblo, expresada en la Constitucion, los jueces deben dejarse guiar más por la última que por los primeros, debiendo regular su decision, aten-

---

Mónaco y Zurich, y no obstante que la legislacion de Lucerna, con evidente claridad manifestaba ser inadmisible el proceso.

(1) Véase lo que queda dicho en el tomo I sobre esta materia.

(2) Const. federal, III, 2: «El poder judicial se extiende á todos los casos de la ley y de la equidad (in law and equity) que puedan ocurrirse contra esta constitucion, contra las leyes de los Estados-Unidos y los tratados de los diferentes Estados.»

(3) Palabras del diputado Boudinot.

diendo más á las leyes fundamentales que á las que no lo son; y así como los jueces en sus disposiciones, cuando existen dos leyes contradictorias, dan la preferencia á la última, así tambien, en el caso de que tratamos, en las disposiciones sobre dos actos contradictorios, uno de autoridad superior y otro de autoridad subordinada, dan la preferencia á la disposicion de la autoridad más elevada. A todo esto no se puede objetar que los tribunales de justicia, so pretexto de un conflicto, pueden seguir la opinion que más les convenga, dejando á un lado las intenciones constitucionales de la legislatura, puesto que los jueces deben declarar el significado de la ley, y cuando se sienten inclinados á hacer prevalecer su propia voluntad en vez de su opinion, en este caso, decimos, podría ser de consecuencia la posibilidad de que en todos los otros deberes de la funcion judicial nos sujeten á su arbitrio y no á la voluntad del legislador.» El mismo Tribunal Supremo de Justicia se expresa de idéntica manera acerca de esta cuestion: «Los que impugnan la máxima fundamental que la Constitucion debe ser considerada en los tribunales como ley suprema, por necesidad son arrastrados á admitir que los jueces deberían cerrar los ojos ante la Constitucion, no queriéndolos dirigir más que á la ley. Esta doctrina deberia explicar, cómo un acto, que, segun los principios y teorías de nuestro modo de gobernar, llega á ser completamente nulo, sin embargo, sea al propio tiempo obligatorio en la práctica; debería dar la razon de por qué cuando los legisladores proceden á semejante acto, lo que expresamente está prohido, á pesar de esta prohibicion, deba en sus efectos ser válido; debería dar á los legisladores cierta omnipotencia práctica y real al propio tiempo que declara en teoría su limitacion á estrechos límites. Marca, en un palabra, los confines, y simultáneamente declara que el capricho podrá traspasarlos.»

No puede negarse que en el anterior raciocinio existe cierta dósis de verdad y que estas tentativas para consolidar firmemente, digámoslo así, las barreras morales é ideales de la legislacion, merecen la consideracion de los hombres de Estado. Aun en el mismo peligro de que el poder judicial pueda usurpar las funciones del poder legislativo, en la práctica, es de poco momento, porque en este caso sería necesario seguramente grande y raro atrevimiento por parte de los jueces para que, en casos determinados,

osasen oponerse á la voluntad expresa del poder supremo del Estado y defender el derecho de la Constitucion, no sólo en contra de esta misma, sino tambien en contra del Gobierno. Si únicamente se tratase de corregir un «error» del legislador, si la declaracion judicial de que una ley es contraria á la Constitucion no hubiese de tener otras consecuencias sino la de obligar al legislador á nuevo exámen, en este caso, podríamos, sin grave dificultad, acomodar nuestras ideas á las teorías americanas.

Empero, cuando se considera cómo el verdadero legislador tuvo la conviccion de sus actos y quiere que la ley esté de acuerdo con la Constitucion; (sobre lo cual, por otra parte, fácilmente se forman diferentes opiniones, en cuyo caso, su decision puede convertirse en objeto de conflicto, y el órden judicial puede tener una autoridad semejante á la de aquél) cuando se reflexiona que en estas circunstancias áun la más encumbrada autoridad del legislador, no en principio, sino en las consecuencias, debería ceder ante la que le es inferior en la escala jurídica, y el representante de toda la nacion al estar en oposicion con su órgano particular del Estado debería ser propuesto á éste; cuando se piensa y se trae á la memoria el fraccionamiento y rotura que de esta suerte se introduciría en la homogénea marcha de la vida del Estado, puesto que los jueces llamados por su actual condicion á entender principalmente en el conocimiento de la norma y las relaciones jurídicas del derecho privado, estan acostumbrados á dar valor á los motivos lógico-formales de las cosas, tratándose con mucha frecuencia y directamente de los intereses más importantes del derecho público y de la prosperidad general, que el legislador tiene obligacion de reconocer y áun de exigir; si se atiende, decimos, á todas estas consideraciones, no hay duda que habremos de dar la preferencia al sistema europeo, aunque éste no evite todos los males y participe de la imperfeccion de las vicisitudes humanas, el cuerpo legislativo, sin embargo, tiene en su favor las más importantes garantías de que no usará de sus poderes animado de un espíritu anticonstitucional (1).

---

(1) Dos han sido los autores insignes que han defendido en Europa la teoría americana, á saber: el belga Verhægen en su obra *Des lois constitutionelles*, Bruselas 1850, y Roberto von Mohl, aleman, en el tra-

En nuestro tiempo, con su constitucion del 14 de Enero de 1852, ha introducido Napoleon III una nueva forma de garantías contra el contenido anti-constitucional y antijurídico de la ley, al imponer al Senado el deber y conceder el derecho de oponerse á semejante género de leyes. Empero, como esto debe llevarse á cabo, segun él, *ántes* no despues de la promulgacion de la ley, con esta forma no obtenemos mejor resultado que el obtenido con el sistema de la doble Cámara, al exigir necesariamente la aprobacion de los miembros de una y otra.

---

bajo intitulado: *Derecho público de gentes y política*, I, p. 66 y sig., así como tambien en el *Diccionario político aleman*, Art. Ley. Tambien en esta obra se hace distincion entre las palabras Constitucion, Ley y Ordenanza; de modo que á los jueces toca examinar la conformidad de la ley con la constitucion y la conformidad de la ordenanza con la ley. El motivo prácticamente más importante que nos induce á preferir la práctica europea, ha sido mal comprendido por Mohl, puesto que no porque tengamos ciega confianza de que las Cámaras estén siempre guiadas por el vivo sentimiento de su deber para con la Constitucion, ni porque no puedan incurrir en algun acto materialmente inconstitucional, debe creerse que nos hemos echado en brazos de la referida opinion, sino porque, amaestrados los jueces en la práctica civil y criminal, y acostumbrados á las operaciones lógico-formales, no pronunciarán sentencia justa acerca de la constitucionalidad, permítase la palabra, de una ley preferiblemente al gran cuerpo legislativo; esto es, porque las *garantías* políticas de la constitucionalidad y racionalidad jurídica del contenido de una ley son mayores en el Parlamento que en un tribunal ordinario de justicia, siendo al propio tiempo extremadamente raros los casos en que el jefe del Estado, despues de obtener el consentimiento de la Cámara, tome decision acerca de una ley que á todas luces sea contraria á la Constitucion, así como son más frecuentes los ejemplos en que las decisiones legislativas limitan en particular á un principio general de la Constitucion y lo modifican en las diversas aplicaciones, en cuyo caso siempre podrá con facilidad disputarse si el contenido de la ley es constitucional ó anticonstitucional. La simple deduccion lógica derivada de un principio abstracto de la Constitucion conduce fácilmente á resultado negativo inconstitucional; miéntras que la consideracion política de todas las relaciones que obran, ya acomodándose á las palabras de los párrafos constitucionales, ya apartándose de ellas, llega á convencer al legislador de las razones jurídicas de sus ordenaciones. Si fuese posible establecer un Supremo Palacio de Justicia ó Senado, dotado de la mayor perfeccion en materia de *ciencia política*, al cual, con plena confianza pudiese encargarse intervencion negativa, aunque contraria al cuerpo legislativo, entónces podria desvanecerse la principal dificultad que encontramos en esta materia. El pensamiento fundamental del Senado francés ha dado á entender esta exigencia, pero su encarnacion, digámoslo así, no garantiza la necesaria seguridad para la independiente comprobacion de los derechos y libertades constitucionales. La misma práctica de la América Septentrional ha mostrado con evidencia en las leyes de reconstruccion de 1866-67 que áun allí la autoridad judicial, al entrar en lucha con el Congreso, debe ceder ante la autoridad de éste.

3. Lo que acabamos de decir tiene idéntica relacion con lo que podríamos llamar ordenamiento jurídico natural, cuya observancia pertenece por deber al legislador, puesto que en su esencia la ley es la expresion y la manifestacion del derecho natural y no fruto de la arbitrariedad. Mas cuanto este deber se olvida, ó se da una ley errónea acerca de su extension y aplicacion, en contradiccion con el ordenamiento jurídico natural, tampoco en este caso existe otro medio político legal para la enmienda del referido error fuera del poder que el mismo legislador tiene para restablecer la armonía por medio de la revision de la ley. A los jueces no compete en modo alguno el derecho de invalidar por propia autoridad la autoridad superior del legislador, de modo, que áun la misma ley injusta, miéntras tenga fuerza externa, debe ser tenida como válida por los órganos subordinados al Estado.

4. Así tambien es obligacion del legislador respetar y no perjudicar en lo más mínimo los derechos de tercero justamente adquiridos (*jura quæsita*)

El concepto de los derechos adquiridos presupone que éstos, como derechos propios é independientes, pertenecen á personas determinadas, ya sean hombres aislados, ya sociedades, ya personas jurídicas. En esta esfera del derecho de los indivíduos el verdadero legislador no debe por ningun concepto penetrar. Aquí debe hacerse la distincion siguiente:

a) Derechos adquiridos puramente políticos, los cuales, á decir verdad, dicen relacion áun á determinadas personas, perteneciendo á esta categoría los derechos anejos á la majestad de los príncipes, los derechos de sucesion al trono que tienen sus agnados, la jurisdiccion de los poseedores de tierras, el derecho de los lores para ser pares, los derechos de empleo de los empleados, los cuales les pertenecen no solamente *per se*, sino como derechos políticos en conexion con el Estado y ante todo en favor de éste, pues toda su existencia depende de la existencia del Estado, fuera del cual no tienen significado ni valor alguno, mientras que, cuando están en contradiccion con la existencia y prosperidad de aquél, no pueden tener género alguno de legitimidad. Esta relacion fundamental no cambia, aunque á veces tales derechos hayan sido equiparados con los derechos privados, como aconteció frecuentemente en la Edad

Media, cuando de mil maneras se confundian los derechos privados con los derechos públicos. En nuestros dias, sin embargo, debemos separarlos completamente porque ya no podemos atribuir al derecho público el carácter de derecho privado, áun en el caso de que á los comienzos haya sido adquirido como tal. Por consiguiente al cuerpo legislativo toca tambien quitar ó modificar semejantes derechos por causa del ordenamiento político natural y acomodándose á la forma constitucional, de modo que si en algunos casos llega á establecer las correspondientes indemnizaciones, esto lo hace por motivos de prudencia y de justo miramiento, no por deber (1).

b) Unicamente en los puntos en que á los derechos públicos se unen ventajas y disfrutes que esencialmente respectan al indivíduo como tal, por ejemplo, un grado otorgado por dignidad en la sociedad burgues; el derecho que los príncipes tienen á los infantazgos, el de los habitantes de una ciudad para disfrutar de los establecimientos artísticos y de beneficencia, el derecho de algunas familias particulares para el ejercicio de regalías, como por ejemplo, de postas, sólo en estos casos decimos, en que consiguientemente el derecho público contiene una adicion hereditaria de derecho privado individual, el derecho adquirido se ha convertido en el derecho privado de que hablamos, en el estricto sentido de la palabra, de modo que hasta el límite de esta adicion quedará limitado el poder del legislador por el deber de conservar incolume este elemento individual, de

---

(1) Muy interesante es bajo este respecto la conclusion de la diputacion del reino, en Alemania, con fecha 25 de Febrero de 1803. Oigamos á Roberto Peel en su discurso del 5 de Mayo de 1829: «Admito, dice, en toda su extension la forma de la objeccion que se hace contra la parte que ha adoptado la medida propuesta, contra la parte, digo, que ha quitado por votacion á los poseedores libres el derecho existente. No hay duda que ese derecho les fué válida y jurídicamente conferido, más es un derecho que por su carácter difiere de los derechos de propiedad y de los demás derechos privados. Es un derecho público concedido por fines públicos y que, sin duda, ha de ser mudado con gran precaucion y miramiento; pero debemos mudarlo cuando el interés público exige un evidente sacrificio.» Más apremiante es áun, tanto en éste como en otros puntos de vista, la idea de *Radowitz* en sus *Discursos sobre la Iglesia y el Estado*, p. 243: «Originariamente, exclama, la ley debe solamente llenar las lagunas existentes en el derecho consuetudinario, hacer desaparecer las contradicciones, abrazar el todo. Si una ley traspasa los límites de este cometido, y cambia y viola los derechos adquiridos, en este caso, todo es una injusticia á la cual debe su existencia.

tal suerte que al ocurrir un conflicto con la prosperidad pública y sea inevitable una modificacionó una remocion, será necesario indemnizar á la persona perjudicada (1).

c) Esta idea es de la mayor importancia en el dominio del *derecho* privado, pues los derechos que á él pertenecen dicen por naturaleza relacion á las personas privadas y no al Estado, á los individuos y no al pueblo. El legislador, que representa al pueblo, entraría en un campo á él extraño y violaría ajenos derechos, si pretendiese privar á las personas particulares de los derechos que les son propios ó al ménos quisiera perjudicarlos, puesto que el principal deber del Estado es el de protejerlos. No hay duda que hasta el punto que el indivíduo debe ceder, dentro de su esfera jurídica, á la comunidad todo cuanto sea necesario para que ésta pueda existir y cumplir con sus fines, hasta ese límite estará facultado el legislador para limitar á su vez los derechos privados, y por eso podrá, v. g., dar una ley acerca de los fabricantes que en interés de la pública seguridad y de la pública decencia limite la libertad de construir, ó regular por medio de otra ley las relaciones de la vecindad, ó poner, en fin, limitaciones á los menestrales. Pero cuanto más contenga una facultad privada el carácter de *independencia* é *individualidad* tanto ménos podrá el Estado atacarla, de modo que cuando éste se vea obligado á ello por los altos intereses de la prosperidad pública, en este caso el legislador deberá siempre tener presente que el derecho particular del indivíduo, en conflicto con el derecho del Estado, debe, sí, ceder, pero sólo con plena indemnizacion por parte del Estado que exige el sacrificio de aquél (2).

El derecho que las personas privadas tienen á la indemnizacion que nos ocupa en cuanto están obligadas á ceder de los derechos adquiridos, ó á renunciar á ellos en favor

---

(1) Véase á Stahl en su obra *Doctrina del Estado*, II, p. 475 y siguientes. En lo que al derecho de la Edad Media se refiere habrán de considerarse como estrictamente tales la mayor parte de los derechos públicos, así como, por el contrario, en el Estado moderno ha quedado muy limitado el campo de los mismos.

(2) En el derecho provincial de Prusia, Introduccion, § 74, se dice, Aunque dichos derechos adquiridos con título oneroso, pueden ser suprimidos por el Estado, todavía sólo por motivos impelentes de utilidad pública y con plena indemnizacion hecha á los privilegiados.» En el § 75. se añade: «La indemnizacion no podrá fijarse sino por contrato ó por peritos legales.»

de la utilidad pública, no necesita ser explanado sino que se comprende desde luego. No se funda en la disposicion ó norma, ni es producto de la ley. De aquí es que en semejantes casos las personas privadas pueden invocar la defensa de la justicia así como para todos los otros derechos privados, y sólo cuando expresamente niegue la ley semejante indemnizacion ó la establezca insuficientemente, los jueces no podrán contradecir con su sentencia las disposiciones adoptadas, por injustas que sean (1).

El poder preponderante del Estado, en casos extraordinarios de colision entre la pública utilidad y el derecho individual, puede emplear medios eficaces y hacer que este último ceda en sus pretensiones, en cuyo caso recibe el nombre de «potestas eminens», *potestad excepcionalmente legislativa*, cuyo uso concienzudo, cuando sobrevengan peligros sérios y apremiantes para el Estado, podrá ser la salvacion inevitable de éste, pero su inconsiderado y arbitrario ejercicio debe considerarse como la corrupcion moral del Estado.

5. Cuando el derecho existente se funda en un *pacto político con otros Estados*, entónces queda sujeto á la salvaguardia *del derecho de las partes* frente á frente de las violaciones, por obra de la legislacion del país en cuestion, quedando limitado en este caso el poder del legislador. Es cierto que el súbdito, investido del sobre dicho derecho, puede en semejante trance invocar el auxilio de alguna nacion extranjera, sin faltar á la fé ni á los deberes de su

---

(1) Cierto número de autores modernos conceden que podrá tener lugar la demanda de indemnizacion, sólo en el caso de que la remocion de un derecho privado haya tenido lugar por medio de un acto gubernativo; pero no cuando se haya llevado á cabo por un acto legislativo, á no ser que la misma ley no ordene la indemnizacion. Así pensaron Stahl en su *Teoría del Estado*, II, p. 469; Zöpfl, *Derecho público*, § 196; Beseler, *Derecho privado aleman*, p. 72; y en la Constitucion de Hannover de 1833, § 37, leemos: «Si la violacion (de los derechos adquiridos) se hace por medio de un pacto político ó de una ley constitucionalmente emanada, entónces no puede ser materia de querella jurídica contra el Estado y autoridades administrativas.» Véase á Klüber en su *Derecho público de la Confederacion germánica del Norte*, párrafos 551 y 552. Si se admite el principio tal cual lo hemos expuesto en el texto, no debemos deducir que la natural sumision del juez con respecto al legislador queda enteramente por tierra, así como tampoco que no se confiere poder alguno al legislador, pues, en esto no hay más que un simple reconocimiento del derecho privado con tal que el legislador no le haya expresamente privado de la proteccion del Estado.

condicion, á fin de conseguir la ayuda de socorro del derecho de gentes en favor del suyo, puesto que al obrar así invoca un derecho y echa manos de un medio jurídico que el mismo Estado á que se halla afiliado ha reconocido como obligatorio, mediante el mencionado pacto político (1); pero tampoco debe olvidarse que, bajo el punto de vista de la independencia política, semejantes intervenciones extranjeras ofrecen de ordinario grandes dificultades.

Por el contrario, el pacto verificado entre miembros particulares del Estado no puede garantizar esta proteccion.

El derecho público de la América del Norte reconoce tambien cierta *defensa judicial* contra las violaciones jurídicas que partan del Congreso, en los casos en que deben celebrarse pactos políticos que sean garantizados ó permitidos (2).

6. En los Estados *compuestos* se tiene cuidado de que el poder legislativo de *cada una* de las partes que los componen quede limitado, áun por el órden jurídico externo, ya que la *constitucion de la confederacion* ó *del reino* cuenta con órganos superiores para el mantenimiento del derecho en la respectiva esfera, órganos, decimos, superiormente ordenados al supremo poder de cada uno de los Estados en sí mismos considerados.

Tal era el cometido del Tribunal de las Cámaras del Imperio en la Constitucion del último Imperio aleman. El Tribunal Supremo de Justicia de la América del Norte tiene sobre este particular una competencia análoga. Debe, empero, notarse que los Americanos, que, por otra parte, dan al poder judicial extension mayor de la debida, lo limitan, digámoslo así, en los casos en que debería obrar con más libertad y ser prácticamente indispensable, esto es, cuando se dirigen contra los Estados Unidos ó contra los Estados particulares los ataques de las personas privadas, por ejemplo, de los acreedores, en cuyas circunstancias no pueden ser perseguidos los Estados. La Constitucion americana de 1787 parece establecer algo que está en contradiccion con lo que acabamos de decir; pero la teoría sostenida por muchos estadistas que opinan que los Estados soberanos no pueden

---

(1) Como ejemplo de esta clase pueden citarse los derechos de los grandes señores de Alemania.

(2) Const. federal, III, 1; *Story*, III, p. 38, § 229.

estar sujetos á ningun género de acusacion (recuérdese que los Romanos acusaban al Estado cuando aparecía como deudor ó acreedor, y que, como fisco, lo equipararon con las personas privadas), y la enmienda introducida en la Constitucion de 1795, establecen de consuno una limitacion, sin verdadero fundamento jurídico para ello, que remite á los acreedores del Estado solamente á la justicia del respectivo deudor (1). En Suiza, la Asamblea federal tiene derecho, en interés de la Constitucion y Código de la Confederacion, y como garantía de las constituciones cantonales en contra de los excesos legislativos de los cantones, para someter semejantes cuestiones políticas á la justicia federal, á fin de que ella decida lo más oportuno (2). La Constitucion del Imperio aleman (art. 76), determina que las controversias sobre derecho público sean sometidas á los Estados coaligados de la Confederacion, y que las controversias que acerca de la Constitucion pueden suscitarse dentro de los diferentes Estados de la Confederacion para el buen arreglo de la misma, deben someterse á la Asamblea general, y, si ésta no consigue su intento, deberá dejarse la resolucion á las leyes del Imperio.

La perfeccion del derecho de gentes podría dar orígen, en esta materia, á un medio jurídico que podría, sin duda alguna, corregir los errores evidentes que necesariamente se siguen del ilimitado poder del Cuerpo legislativo.

7. Finalmente, hemos de reconocer el principio que establece que las leyes ni tienen ni pueden tener efecto alguno retroactivo.

Que las leyes no puedan hacer posible lo imposible, no acontecido lo que ya tuvo lugar y que no puedan tornar atrás para arreglar de otra suerte lo pasado, es una verdad que por su evidencia no há menester de demostracion. Cuando en el lenguaje jurídico se habla de una forma retroactiva, y se dice que no es cosa permitida, estas palabras significan que los negocios y contratos legales que tuvieron lugar en tiempos pasados, y que posteriormente son sometidos á juicio, por regla general, no serán decididos segun las leyes existentes y segun el tiempo en que éstas se perfecciona-

---

(1) Story, en la obra ya citada, § 235, 237. Schubert, *Documentos constitucionales*, I, p. 321.
(2) Const. federal, § 74 y 105, 106.

ron, y que la ley posteriormente dada no alterará los derechos ya adquiridos (1). Empero si la ley tiene carácter simplemente interpretativo, y, por lo tanto, no puede considerarse como nueva, ni habla de limitaciones de esta interpretacion al propio tiempo que de la misma ley, entónces es indudable que puede ser aplicada á la resolucion de los primitivos negocios judiciales.

El principio que acabamos de sentar contiene, asímismo, la regla de la interpretacion de la ley, la cual, en realidad de verdad, se encadena con el límite natural de la legislacion. Ocurren excepciones, cuando la misma ley se desvía del camino que le ha sido señalado, mudando expresamente las relaciones jurídicas ya establecidas; cuando por la aplicacion de la ley á la decision de los negocios y contratos verificados anteriormente no se perjudique algun derecho bien adquirido; cuando, por el contrario, la aplicacion recae en favor de los contratantes ó redunda en interés del negocio jurídico, por ejemplo, en lo que se refiere á las leyes penales, las cuales ordenan penas más benignas para los delitos particulares; ó en relacion á las leyes que permiten acciones primeramente declaradas dignas de castigo, ó por las cuales se establecen requisitos ménos rigurosos para la validez de ciertos negocios judiciales, v. g., formas más fáciles para testar; en todos estos casos, decimos, cabe la que los Romanos llamaban interpretacion benigna *(benigna interpretatio)* sobre el rigor lógico de los principios.

---

(1) C. 7, C. (Theodosius et Valentinianus) *De Legibus*: «Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.» *Code Civil*, § 2: «La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n,a point d'effet rétroactif.» Ley austriaca, § 5: «Las leyes no obran retroactivamente; de donde es que no tengan influencia alguna sobre los contratos ya terminados, ni sobre los derechos anteriormente adquiridos.» *Derecho provincial prusiano, Introduccion*, § 14 y sig. *Derecho provincial de Baviera*, I, 1, § 8.

LIBRO TERCERO.

EL JEFE SUPREMO DEL ESTADO.

CAPITULO I.

EL JEFE SUPREMO DEL ESTADO.

I.—Formas primitivas de la monarquia.

La diferencia entre la constitucion de un Estado monárquico y otro republicano, se manifiesta principalmente en el órgano del jefe supremo del Estado que por lo mismo se nos presenta adornado con los caracteres de la dignidad, de la riqueza y de la perpetuidad.

Diferentes son las formas que la historia nos enseña para llevar á cabo la elevacion del jefe supremo de cualquier Estado.

1. La *eleccion*. La forma electiva fué norma de derecho público, primeramente entre los Romanos, y más tarde sirvió en la Edad Media para normalizar los señoríos espirituales de los abades, de los obispos, y áun del Papa mismo, en muchos Estados, como Hungría, Polonia, Imperio germánico, y república de Venecia, cuyo Dux fué en un principio vitalicio.

2. El *derecho hereditario*. Hé aquí el modo regular y ordinario de constituirse la monarquía moderna, segun se puede ver en la manera general y constante de proceder de las diversas familias dinásticas de cada Estado europeo.

3. En Cártago y entre los antiguos Germanos, se puso en

práctica un sistema que pudiéramos llamar de derecho mixto, puesto que tenía algo de *hereditario* y *electivo* (1).

4. La institucion de sucesor mediante la indicacion del príncipe reinante, entró en Roma á formar derecho público (2) bajo la forma de adopcion, sistema que más tarde fué aunque transitoriamente, establecido por Pedro el Grande en Rusia.

5. En cuanto á los Estados dependientes ó tributarios de otros, sabido es que generalmeute se constituye en ellos el derecho público mediante la investidura ó nombramiento recibido de manos de los señores supremos. Como ejemplo notable, podemos citar la administracion que los Carlovingios y más tarde los primeros emperadores germánicos crearon para cada una de las familias vasallas del Imperio, y la conducta que en tiempos modernos hemos visto seguir á Napoleon y áun hoy día sigue el emperador de Turquía.

6. Casi siempre que se han fundado ó reconocido nuevos Estados, cada uno de ellos ha consignado expresamente en sus *Pactos*, al constituirse, cuál ha de ser su jefe supremo.

7. En tiempos de revolucion, de guerra, y, más que todo, de crísis y peligros supremos, suele presentarse una forma que llamarémos anormal, y es la propia elevacion (3), forma que, siempre y cuando en los momentos mismos de su aparicion no sea moralmente justificada, suelen los hombres calificar de *usurpacion* (4).

8. *Institucion* por *medio* de una *potencia extranjera*.

Acerca del valor de las diferentes formas enumeradas, y más en particular sobre las ventajas que el sistema heredi-

---

(1) Véase más arriba, Vol. I, lib. VI, cap. 8.

(2) Al adoptar el emperador Galba á Pison, como sucesor, dijo: «Augustus in domo succesorem quæsivit, ego in republica. Nequeenim hic, ut in ceteris gentibus, quæ regnantur, *certa dominorum domus*, et ceteri servi: sed imperaturus es hominibus, qui nec totam servitutem pati possunt nec totam libertatem.» *Taciti, Hist.*, I, 15, 16. *Machiavelli* in Liv. I, se observa que casi todos los hijos naturales de los emperado res romanos fueron malos y perversos, en tanto que los adoptivos, fueron morales y justos.

(3) Véase más arriba cap. 7.

(4) Oigamos á Federico el Grande en su *Antimach.* 6: «Hablando en general, soy de parecer que un particular solamente podrá aspirar á la régia dignidad, sin hacerse reo de falta moral en dos casos: cuando el sistema de su país sea electivo, ó cuando en grandes crísis haya libertado á su patria.»

tario ofrece sobre el electivo, y viceversa, son muy varias, así las maneras de pensar de los hombres de Estado como las opiniones de los pueblos. En favor del sistema electivo suele decirse que él únicamente, y no el hereditario, ofrece garantías bastantes de la suficiencia y capacidad individual del regente; sobre lo cual no seremos nosotros los que neguemos á la eleccion esta ventaja positiva sobre la herencia, pues, miéntras en el segundo sistema hay que contentarse con las pocas ó muchas facultades del príncipe heredero, segun la Constitucion, en el primero existe amplia y libre facultad de examinar y apreciar las prendas y requisitos personales del que ha de subir al trono. Además de esto, en la eleccion se ve al hombre someterse libremente al príncipe, declarándose de su libre voluntad súbdito y vasallo, y, en fin, algo debe tener el sistema electivo, cuando los antiguos tanto lo prefirieron al hereditario (1).

En nuestros tiempos, por el contrario, el principio del derecho hereditario ha desalojado al electivo, no sólo de las esferas de la teoría, sino tambien de las de la práctica, haciéndose en todos los Estados acojer y reconocer (2). A continuacion apuntamos los argumentos principales que se alegan contra el sistema electivo:

1. De hecho es sumamente dudoso que la eleccion eleve realmente al más digno, y esto, no porque los electores, como hombres, están sujetos á equivocarse al formar su juicio sobre las personas, lo cual sería lo de ménos, dado caso que en todos nuestros actos nos hallemos expuestos á no atinar con lo más perfecto, sino, porque en momentos en que aparece como premio de la victoria el supremo poder político, no pueden ménos de desencadenarse los intereses y pasiones de los poderosos y de los partidos de un país para caer, apoyados en las respectivas fuerzas, sobre el campo de batalla, á disputarse el fruto de la victoria, con lo cual la

---

(1) *Cicero, de Rep.*, II, 12, sobre la eleccion dice. «Novus ille populus, (Romanus,) vidit id, quod fugit Lacedæmonium Lycurgum, qui regem non deligendum duxit sed habendum, qualiscumque is foret, qui modo esset Herculis stirpe generatus. Nostri illi etiam tum agrestes viderunt, virtutem et sapientiam regalem non progeniem quæri oportere.» Sin embargo, Aristóteles. *Pol.*, II, 8, da la preferencia al sistema cartaginés, mezcla de electivo y hereditario sobre el puramente hereditario de los Lacedemonios.

(2) Entre los modernos solamente Sismondi en su obra *Etudes sur les Const.*, ha defendido las ventajas de la monarquía electiva.

libertad de eleccion es gravemente menoscabada y limitada, caso de no ser completamente suprimida. En tales casos, aunque aparentemente sea la eleccion la que da la victoria ó la derrota, en realidad es la fuerza.

En apoyo de estas ideas puede citarse la historia del Imperio romano tan rico y abundante en ejemplos que las confirman.

2. El sistema electivo se halla expuesto á que alguna vez, si no muchas, se elijan dos príncipes á un tiempo, en cuyo caso, dividido el reino en parcialidades y banderías, cae completamente por tierra toda la prosperidad nacional. Buena prueba ofrece á nuestros ojos la historia del antiguo Imperio germánico con sus numerosas guerras civiles. Verdad es, por otra parte, que un sistema electivo, sabia y prudentemente concebido, puede en gran manera obviar, ó aminorar, al ménos, el peligro de las guerras civiles, segun puede demostrarse con la historia del Imperio germánico en la mano. Es más; apoyado en las lecciones de la historia, hace Sismondi ver que en los imperios de constitucion electiva las guerras intestinas por causa de la sucesion al trono, fueron, sí, universales, por tomar en ellas parte toda la nacion; pero en cambio jamás revistieron aquellos caracteres de encarnizamiento, duracion y ruina general del Estado que son peculiares de las guerras civiles de sucesion en pueblos de constitucion hereditaria (1).

3. El tercer inconveniente del sistema electivo consiste en la multitud de «casas reales, ambiciosas y discordes de que se llena un reino» (2) con motivo de las elecciones. Fá-

---

(1) Sismondi, en la obra citada, p. 114 y sig., compara la historia del Imperio germánico como Estado electivo desde 1002 (en que murió Oton de Sajonia) hasta 1520 (en que tomó carta de hereditaria la casa de Austria) con la del reino francés desde 996, en que subió al trono el hijo de Hugo Capeto, hasta la época fijada para el Imperio germánico, y hace ver que en Alemania de 25 elecciones, 11 no fueron unánimes, dando por resultado las guerras civiles, que suscitadas en su mayoría por gestiones de los pontífices, duraron en conjunto 43 años, sin incluir en tal cómputo el tiempo que duró el largo interregno, 1256 á 1273, por no haber en él empuñado las armas los pretendientes. Durante igual época se sucedieron en Francia 23 reyes, sin que apénas tuviesen lugar guerras civiles por causa de la sucesion hereditaria. Eso sí, la guerra de sucesion habida con los Ingleses duró nada ménos que 23 años, y la entablada en territorio italiano para defender el derecho que juzgaba le asistía á la sucesion de la Corona de Nápoles y Milan, á título de herencia, vino á costar á Francia unos 26 años de sacrificios.

(2) Dahlmann, *Politik*, I, p. 83. Este autor limita el inconveniente

cilmente se comprende que semejante perjuicio es gravísimo para una nacion orgullosa, y no arruina poco á los Estados desorganizados, como podemos ver en la historia del antiguo Imperio romano y en la de los primitivos francos. No sucede otro tanto si la cuestion se refiere á pueblos jóvenes y amantes del progreso, pues en ellos, como claramente enseña la primitiva historia romana en tiempos de la monarquía y de las magistraturas régias pertenecientes al primer siglo de la República, las principales familias de que salieron reyes, eran, sí, un elemento de emulacion, pero de emulacion generosa que las impulsaba á disputarse la palma de señalarse trabajando por la gloria, prosperidad y libertad nacional.

4. Tambien se citan contra el sistema electivo los daños del *interregno*, circunstancia que tiene lugar cuando, muerto un rey, no se ha elegido todavía quien le suceda. Los males del *interregno* pudieran en gran parte aminorarse, ya que del todo no puedan evitarse, procurando que dicho período dure todo lo ménos posible, como lo ha intentado realizar la Iglesia católica en lo concerniente á la eleccion de los Papas, dando reglas precisas para la duracion del cónclave pontificio; y áun sería más acertado, viviendo todavía un monarca, elegir la persona que le ha de suceder. Los enemigos del sistema hereditario podrían muy bien responder á los que les echan en cara los daños del *interregno* con otro inconveniente gradísimo, más duradero y ménos susceptible de acortarse á que se ve expuesta la herencia del derecho, tal es la regencia, nombre que se aplica á aquel período histórico en que no pudiendo el sucesor empuñar el cetro por sus cortos años, es preciso confiar en su lugar el gobierno á otras personas que reinen en nombre del príncipe por más que no siempre sean nombrados por él (1).

5. El continuo temor de que el príncipe elegido, inspirándose en los sentimientos de la familia, y abrigando las miras de trasmitir á sus descendientes el poder, ponga á la esencia misma de la constitucion electiva en peligro inminente y formal de sucumbir, puesto que es el monarca

---

tercero á las elecciones que recaen en personas indígenas. excluyendo, como es natural, á las que nombran á personas extranjeras.

(1) La historia de Francia es riquísima en ejemplos de este género. V. tambien á Sismondi, *obra citada*, pág. 218.

mismo quien le asesta los tiros. Este peligro es tanto más sério cuanto mayores dotes de gobierno posea el príncipe elegido, y cuanto con mayor energía se dedique al ejercicio del poder supremo (1).

A favor de la monarquía hereditaria suele aducirse:

1. La dinastía y el pueblo, como si dijéramos la cabeza y el cuerpo, no se hallan limitados por la duracion de un solo hombre sino que continuan su existencia por série no interrumpida de siglos. De aquí es que la continuidad y, como quien dice, la inmortalidad del pueblo es elevada á carácter y propiedad en el centro político de la nacion, recibiendo en cambio el Estado estabilidad y armonía. Por consecuencia, el príncipe hereditario se manifiesta claramente como poder independiente.

2. En este sistema, el príncipe heredero, la más alta y genuina expresion del poder popular, se ve ligado al pueblo con los mismos lazos que le ligan á su familia, con lo cual los intereses naturales de la dinastía son á la vez los intereses del pueblo, siendo para el príncipe tan atendibles la prosperidad y seguridad del pueblo, como lo son la seguridad y prosperldad de la monarquía. Ningun príncipe hereditario, como no sea que quiera arruinar á su propia sangre, puede esclamar: «*Après moi le déluge,*» á lo cual se agrega que toda persona de importancia, en cuyas manos hayan caido las riendas del poder, se siente arrastrada por nobles deseos de gloria y satisfaccion á librar de cualquier género de peligros al Estado.

3. Entre la dinastía y el pueblo se forma una sólida relacion de piedad, ó sea de mútuo afecto fundado en la comunidad de destinos y en la fuerza de la historia. Uno y otro se sienten ligados como si fuesen la cabeza y los

---

(1) Todavia va más allá Dahlmann cuando, al hablar contra la monarquía electiva, dice: «No puede ser buena aquella constitucion contra la cual puede sublevarse todo rey al considerarse padre de familia.» Grande es la inclinacion de la naturaleza humana á conservar las cosas que se han ganado y trasmitirlas á nuestros descendientes, no ménos que á convertir en hereditarios los bienes adquiridos; pero de esto no hay razon para deducir que los deberes de padre se avienen mal con los de rey hasta el punto de no poder un padre mirar con buenos ojos una constitucion, que, por otro lado, ántes que á nadie dará la corona á su propio hijo, si le juzga más idóneo que todos los otros. El raciocinio de Dahlmann podría aplicarse á la herencia de los empleos, tema ya demasiado trillado.

miembros de un mismo cuerpo. El pueblo, al reconocer la encarnacion y representacion de su unidad política en la soberanía y en los honores del príncipe hereditario, vive orgulloso y satisfecho, desarrollándose más y más en todas las esferas, gracias á la fuerza perenne é intensa de su fidelidad á la causa, del príncipe legítimo en cuyo afecto personal todos los súbditos procuran ejercitarse, naciendo de aquí cierto orgullo que, elevando las facultades morales de un pueblo, hace que la base del carácter nacional se ensanche y fortalezca, y con él las verdaderas virtudes de una nacion.

4. El príncipe hereditario es más comedido en sus exigencias y en todo lo que atañe al gobierno. Antes que lanzarse en demanda de nuevas adquisiciones, prefiere el sistema de la conservacion, con lo cual las pasiones se atemperan no poco, y se pone en práctica una solicitud prudente y moderada que reporta beneficios no pequeños al Estado.

5. Finalmente, la existencia del príncipe hereditario cierra la puerta á las ambiciones y tentativas de mando que pudieran despertarse en los súbditos. Los ímpetus más ardientes de un súbdito distinguido, ya por su poder, ya por sus méritos, encuentran en la dinastía una barrera fortísima, cuyos límites les está prohibido pasar. Tambien las pasiones y contiendas pueden, en momentos dados, subir á su más alto grado de efervescencia; pero, gracias á ocupar el soberano la más elevada posicion de la vida política, no lograrán nunca los revoltosos desorganizar el Estado.

Cuando se trata, empero, de elevar á principio político la monarquía hereditaria ó electiva, rara vez acontece fijarse para determinar la cuestion, en la ponderacion de las razones que hemos expuesto en pró y en contra. Generalmente la balanza suele inclinarse del lado que más pesen las condiciones históricas y las relaciones del poder, sin excluir, no obstante, aquellas consideraciones que el poder existente se merece en calidad de tal (1).

Bien pocos son los casos en que la historia señala la

---

(1) Tambien Sismondi reconoce la verdad de este aserto repetidas veces: «Cualquier infraccion en el ordenamiento del Estado, que no se imponga en razon de urgentes necesidades, es un mal de gravísimas consecuencias.» Pág. 280.

conversion de un señorío hereditario en electivo, como por vía natural debería suceder cuando por la extincion de la antigua dinastía se procediese á la implantacion de otra nueva. Por el contrario, es bastante frecuente en los príncipes electivos ver coronados sus esfuerzos por hacer hereditario en su descendencia el derecho que ellos poseen para el gobierno. De esta suerte la historia se halla tejida de imperios electivos y hereditarios, felices é infelices. Los sucesos, merced á los cuales un indivíduo idóneo ó una raza noble (1) han subido hasta escalar el poder, han sido tan diversos como los tiempos. En pueblos de carácter degenerado, la eleccion, como con clarísimos destellos nos demuestra la historia del Imperio romano, es la peor manera de ser elevado al poder. Las dinastías se hallan tambien sujetas á ley de la vida orgánica; así es que, cuando aquéllas, en su decrepitud, pierden las fuerzas, como sucedió á los Merovingios en Francia; cuando sus tendencias de familia contínuamente se manifiestan en reñida oposicion con las aspiraciones de todo un pueblo, como aconteció á los Estados de Inglaterra; cuando por razones particulares se han levantado entre el pueblo y la casa reinante vallas insuperables, como las que se levantaron entre Francia y los antiguos Borbones; y, finalmente, cuando los príncipes de varios pequeños Estados, como se vió en Italia, se levantan contra el pensamiento nobilísimo de la unidad nacional, invocando en su favor el auxilio de una potencia extranjera, entónces la fuerza misma de las circunstancias dispone á los pueblos á la remocion de tales dinastías, y á la instalacion de otras más en armonía con sus nuevas aspiraciones.

---

(1) La fé del pueblo en el valor del nacimiento y en la herencia con la sangre y educacion régia de las dotes soberanas que el mando requiere, son, á no dudarlo elemento fortísimo de seguridad para la monarquía hereditaria. Que tal fé no se ha extinguido en Francia, lo demuestra bien á las claras la eleccion de Luis Napoleon. Empero, cuando como aquí acontece, existen mayor número de dinastías, parece que debe merecer la preferencia la monarquía electiva. (Dejamos sin correccion de ningun género este pasaje, escrito ántes del 2 de Diciembre de 1851).

CAPITULO II.

II.—El derecho hereditario en particular.

El progreso del derecho público moderno, en virtud de su misma naturaleza pública, enseña que tambien la sucesion al trono, hereditariamente ordenada, debe con preferencia tratarse bajo el punto de vista histórico público, en lo cual justamente se distingue la sucesion de derecho público de la sucesion de derecho privado.

Por otro lado, en el mero hecho de verificarse la sucecion que nos ocupa en el seno de una familia determinada, dicho se está que participa de las condiciones del derecho hereditario familiar, y que, por lo tanto, se halla íntimamente ligada con las instituciones de derecho privado.

1. La necesidad de arreglar constitucionalmente la sucesion hereditaria, nos da, en la ocasion presente, clara y luminosamente á conocer con grandes detalles el interés del Estado (1). La primera regla que podemos citar, como perfectamente asentada en el derecho privado aleman, es la sucesion hereditaria familiar elevada á ley, cosa que no tenía lugar en el derecho romano, cuyo principal carácter era la determinacion arbitraria y variable. La sucesion dinástica se verifica en Alemania por procedimientos de igual carácter que la sucesion á los bienes de familia, puesto que el sucesor no deriva su derecho por partes recibiéndolo directamente del difunto, ni tampoco ocupa el poder como representante y continuador de la personalidad del testador

(1) Por no haberse, en los primeros tiempos de la Edad Media, fijado todavía el derecho hereditario, tuvieron muchísimas veces lugar guerras sangrientas entre los diversos pretendidos herederos.

sino que entra en posesion de la dignidad régia, y la continúa, por derecho independiente. De esta suerte, toda dinastía en cuyo seno está perfectamente regularizada la cuestion de sucesion, aparece siempre compacta como un cuerpo, dispuesto á dotar, de conformidad con el orden de cosas establecido, de suprema cabeza al Estado, apénas le arrebata la muerte al que hasta entónces lo dirigía. De este modo son imposibles los interregnos, puesto que el «rey no muere nunca.» Tampoco son necesarias declaraciones de haber tomado posesion del poder, sino que la corona se trasmite enseguida por derecho propio (1).

2. El sucesor al trono tiene por tanto justa pretension á él, sin derivarle por cierto, de la voluntad y capricho del príncipe reinante; pretension que no sólo se convierte en derecho efectivo con la muerte del monarca, sino que áun en vida de él se halla revestido de cierto valor, en calidad de firme derecho de devolucion (*jus devolutionis*) y de una importancia jurídica tal que exije de parte de todos reconocimiento y defensa.

Gran parte de la perfeccion que en Europa han adquirido estas máximas depende de nuestro buen sistema de vida; más si, dejando aparte cuestiones poco importantes, atendemos á la esencia misma de las máximas, las hallarémos inherentes al carácter público de la sucesion al trono, esto es, á los intereses del Estado, el cual nunca peligra por la desaparicion de una sola vida.

5. El derecho de sucesion al trono se halla en el sistema moderno del Estado determinado por la misma constitucion, de la cual forma una parte muy principal.

Así como el tal derecho no se funda en la voluntad individual del príncipe reinante, así tampoco en las constituciones electivas puede introducirse innovacion alguna contraria á la constitucion del Estado, aunque se intentare por medio de testamento, por medio de pacto matrimonial, ó por medio de ley doméstica de la familia dinástica,

Durante la Edad Media, como quiera que la soberanía

(1) A este propósito viene bien aquel proverbio francés: «le roi ne meurt jamais,» y aquel otro: «le roi est mort, vive le roi.» Véase Loysel, *Inst. Cont.*, I, 3. En sentido semejante solía proferirse aquella sentencia del derecho aleman de sucesion privada: «Der Todte erbt den Lebendigen» «le mort saisit le vif» á cuyo proferimiento solía desde luego seguirse el inmediata trasmision de la ocupacion (*saisine*).

era tratada semejantemente á un bien privado, y se confundían lastimosamente el derecho público y privado, reinaban sobre el punto que discutimos maneras de pensar muy diversas de las nuestras, y de las que todavía quedan en el derecho moderno ciertos restos como vestigios de tiempos pasados que felizmente tocan ya á su fin (1).

4. De la misma importancia, que de derecho público corresponde al derecho de sucesion al trono, resulta, segun lo expuesto, que no repugna á la índole del sistema representativo sufrir innovaciones, cosa de que es tambien susceptible la constitucion, con tal que los cambios se efectúen por actos del comun del cuerpo representativo. El consentimiento de los restantes miembros que forman la dinastía, fuera del monarca, es cosa siempre conveniente, más no se tiene por condicion indispensable, como no lo exija expresamente la constitucion. Lo esencial es el asentimiento de cuantos tienen derecho político á la reforma de los derechos, mediante nuevas leyes (2).

---

(1) Excepcionalmente se encuentra en el Imperio germánico el derecho de testar. Así en el supuesto Estatuto de Austria de 1156, se dice: «Dux Austriæ *donandi* et *deputandi* terras suas cuicunque voluerit habere debet *potestatem liberam*, si, quod absit, *sine heredibus liberis* decederet, nec in hoc per imperium debet æqualiter impediri.» Zopfl, *Historia jurídica germánica*, I, pág. 148. Con el fin de dictar medidas más generales se adoptaron otras disposiciones, entre las cuales se registran los pactos de herencia, particularmente las obligaciones, mediante tratado, de sucesion recíproca, por cuyo medio llegaba tambien á fundarse el derecho que, gracias á los convenios, adquiria una dinastía extranjera para poder suceder en el trono. Para que los feudos imperiales subiesen al poder era entre tanto necesario: a) demandar el consentimiento á todos aquéllos que pudiesen esperar la d volucion á la sucesion del trono: b) la anuencia del emperador: c) á veces la conformidad de los Estados provinciales, con cuyo solo requisito se consideraba al favorecido como caracterizado de hecho para la sucesion al trono. La capitular, sobre la eleccion, de tiempos de Leopoldo I, año 1658, art. 6.° § 5, dice: «Wie wir dann auch die vor diesem unter ihnen (den Churfürsten) den Reichsconstitionibus gemäsz gemachten uniones gleicher gestalt, zuvörderst aber die unter Churfürsteu, Fürsten und Ständen aufgerichteten Erbverbruderungen hiemit confirmiren und approbiren.» La capitular de eleccion de Cárlos VI, año de 1711, art. 1, § 9, dice tambien cosas muy curiosas, como puede verse en Zacharía, Derecho aleman público y feudal, § 74; y en Zöpfl, Derecho público aleman, § 211, y siguientes. En los documentos para el Braunschweig Luneburgo de 1374 se dice: «Auer Slote stede Lande und Lüdeder Herscop tu Brun-schwig en shall he nich verkopen noch verlaten ane Willen und Vulbord syner Broderen und der Manscop und Stade in der Herscop to Brunschwig.»

(2) En Inglaterra se conocen hace muchos años las máximas espuestas. Véase sino á Blackstone, *Comm.* 1, 2, 3, en los cuales se lee: «Es atributo del poder del cuerpo legislativo de este reino, á saber, del rey

Los cambios introducidos pueden referirse al órden de sucesion al trono en general, y en este caso podrá introducirse un nuevo sistema de sucesion hereditaria (1), á la esclusion de alguno de los miembros de la familia real de la sucesion al trono, y alguna vez á la esclusion de toda una línea á la que, hasta la época de la exclusion, asistía derecho á la sucesion (2). Otras veces resulta que un indivíduo ó un recien casado se encuentra, sin esperarlo, llamado al trono (3).

5. En todos los Estados, aunque no de igual modo, se ha reconocido universalmente la preferencia del género masculino sobre el femenino en punto ó sucesion hereditaria.

a) Segun el sistema francés, el cual en esto obra de conformidad con el derecho público romano, las muejeres son completamente excluidas de la sucesion al trono. Lo propio acontece en Suecia, Bélgica y Prusia (4).

---

y de las dos Cámaras poder prescindir del derecho hereditario, y mediante ordenamientos especiales, limitaciones y providencias excluir de la sucesion al trono al sucesor directo y escoger para que le reemplace otra persona.» La Const. Sueca de 1809, art. 1.°, dice: «El reino Sueco debe ser reino hereditario, sucediéndose unos á otros los descendientes masculinos de un rey difunto, segun que las Córtes del reino determinasen.» La Const, Española de 1837, art. 54, dice: Las personas incapaces de reinar, ó que por su conducta mereciesen perder la corona, son por ley excluidas de la sucesion al trono.» Zöpfl, *Derecho público aleman*, § 215 y Stahl *Filosofía del derecho*. II, pág. 267, sostienen sobre este particular todavía las antiguas teorías del derecho privado, puesto que á los agnados se refiere un *jus quæsitum* á la sucesion al trono.

(1) A esta clase pertenecía la Pragmática-sancion de la casa imperial austriaca, expedida en 1724 para los paises dependientes de la corona, y la que en 1830 mandó publicar Fernando VII de España. La última es considerada como acto particular del monarca.

(2) Como aconteció á los Estuardos de Inglaterra, á los sucesores de Gustavo IV en Suecia, y á la primitiva línea de los Borbones en Francia. Una de las leyes más antiguas sobre este punto era la ley titulada: *Lex Bajuvariorum* II, 10 que dice: «Si quis filius Ducis tam superbus vel stultus fuerit, ut patrem suum dehonestare voluerit per consilium malignorum, vel per fortiam et regnum ejus auferre ab eo, dum adhuc pater ejus potest judicio contendere, in exercitu ambulare, populum judicare — — sciat se ille filius contra legem fecisse et de hereditate patris sui se esse dejectum.» Abolicion del derecho de desafío en tiempos de Federico II, año de 1235, c. 11.

(3) De este modo ha sido en nuestros dias posible la elevacion al trono por medio de la adopcion, dando primeramente ejemplo la Suecia á favor del mariscal Bernadotte en 1810.

(4) La *Ley Sálica*, 62, 6, dice: «De terra vero salica nulla portio hereditatis mulieri veniat: sed ad virilem sexum tota terræ hereditas perveniat.» El principio ántes explicado para el derecho privado, fué

b) Segun el sistema dominante en Alemania, las mujeres son completamente excluidas miéntras haya línea directa masculina. Si la descendencia masculina se extingue, en tal caso la sucesion cae sobre la hembra más próxima, que trasmite exclusivamente el derecho á sus descendientes por línea masculina (1). En Holanda sucede otro tanto (2).

c) El sistema inglés ha determinado que las hembras solamente se excluyan de entre los miembros masculinos de la parentela más próxima, para las cuestiones de sucesion, pero no cuando los pretendientes varones sean de parentesco más lejano, pues en tal caso son ellas las preferidas. La natural consecuencia de este sistema ha sido cambiar con grandísima frecuencia de casas reinantes (3). Igual sistema se ha adoptado en España y Portugal (4).

6. La unidad del Estado exige indivisibilidad del reino, por cuya razon es imposible que varias personas hereden simultáneamente el trono, y siempre que el reino se dividió entre varios herederos, cual si se tratase de una herencia cualquiera, como aconteció en la monarquía francesa y en otras de la Edad Media, fué, por consecuencia de las doctrinas de aquellos tiempos, en que la soberanía política era de derecho privado (5).

7. El derecho hereditario á la sucesion en el trono presupone el nacimiento de matrimonio verdadero y legítimo. Así es que los hijos ilegítimos, igual que los nacidos de matrimonio *morganático*, esto es, de matrimonios contraidos con la condicion expresa de que los hijos no hereden el cetro del padre, son desde luego excluidos (6). Se debe, sin

---

tambien aplicado al derecho público. Constitucion sueca de 1809, artículo 1 y 94; Constitucion belga de 1830, art. 60; Constitucion prusiana de 1850, art. 53.

(1) Constitucion bávara de 1818, II, § 4, 5; Constitucion del Wuttemberg de 1817, II, § 9 y 10; Austria, *Pragmática-Sancion* de 1724, de resultas de la cual la casa de Lorena sustituyó á la de Hausburgo.

(2) Constitucion de 1815, art. 14-19.

(3) Blackstone, I, 3, 2. En los dos últimos siglos Inglaterra ha visto reinar la casa de Orange, la de Braunschweig, la de Hannover, y, por fin, la de los Coburgos.

(4) Constitucion Española de 1836, art. 51; Constitucion Portuguesa de 1826, art. 87.

(5) Véase arriba, t. I, lib. VI, cap. 12.

(6) II. Feud., 29. La exclusion de los hijos nacidos de matrimonio morganático, puede, sin duda, resultar de una exclusion limitada á favor de determinadas personas, y entónces, claro está que, faltando las

embargo, advertir, que segun el principio expuesto, en el número 4, pueden los tales indivíduos, mediante excepcion hecha á su favor, y gracias á leyes fundamentales del Estado, no en virtud de legitimaciones efectivas de derecho privado, ser declarados capaces de suceder.

8.ª Muchas constituciones modernas exigen fuera de lo dicho el nacimiento de matrimonio igual, queriendo con esta palabra decir que los desposados han de ser ámbos á dos miembros de casas reinantes ó ex-reinantes (1); en este número está incluida la familia napoleónica, así como las dos líneas borbónicas de Francia; en cuyo número deben, segun el derecho público aleman, contarse las casas solariegas de los señores provinciales germánicos que han descendido de la clase media. Otras leyes dinásticas modernas, por el contrario, más rigurosas en este punto que las mismas de la Edad Media, no reconocen como igual el matrimonio celebrado con miembros de otra familia, áun cuando ésta pertenezca, segun la constitucion del Estado, á la más alta nobleza del país, ó á la dignidad de pares del reino (2).

Esta limitacion del matrimonio es especialmente propia del derecho público aleman (3), el cual toma prestado del derecho privado el concepto del matrimonio inconveniente

---

personas favorecidas, pueden los excluidos adquirir capacidad de sucesion. Véase á Zöpfl, *Derecho público aleman,* § 228.

(1) En este número está incluida la familia napoleónica, así como las dos líneas borbónicas de Francia.

(2) Constitucion Bávara, II, § 3; Hannover de 1840, § 12. Las leyes dinásticas de 1836 dicen: «Se consideran iguales aquellos matrimonios que hacen los miembros de una misma familia, ó los miembros de una casa soberana con los de otra casa reinante, ó finalmente las personas de una casa real con las de otra casa de aquellas que, segun el sentido del art. 14 del acta federal, se equiparan á las soberanas.»

(3) La Capitular sobre eleccion de Cárlos VII del año 1742, art. 22, § 4, dice, hablando del emperador: «noch auch den aus unstreitig notorischer Miszheirath erzeugten Kindern eines Standes des Reichs oder aus solchem Hause entsprossenen Herren zu Verkleinerung des Hauses, die väterlichen Titel, Ehren und Würden beilegen viel weniger dieselben zum Nachtheil der wahren Erbfolger und ohne deren besondere Einwilligung für ebenbürtig und successionsfähig erklären, auch dergleichen vorhin bereits geschehen, solches für null und nichtig ansehen und achten.» Véase á Zacharía, *Derecho público y federal aleman,* § 68. Zöpfl, *Derecho público,* § 225-26. Ordenamiento de sucesion al trono sueco en 1816. Véase á Schubert, *Constit.* II, p. 389. El *Derecho público inglés* ignoraba esta exigencia ántes de la elevacion al trono de la casa de Hannover.

por causa de la desigual condicion de los esposos, para aplicarlo al sistema de sucesion al trono, cosa que no debería suceder donde no existe diferencia de castas. Semejantes limitaciones, que debieran ciertamente regularse por los principios del progreso moderno, no se apoyan en motivo alguno de derecho público; así es que debemos más bien considerarlas como un adelanto realizado por las ideas rancias y como determinacion necesaria del Estado actual.

9. Estas limitaciones, sin embargo, quedan justificadas de hecho por razones que dicta el honor del Estado, cuando para un matrimonio cuya prole ha de heredar necesariamente el derecho de sucesion al trono, fuese indispensable requisito el consentimiento de la cabeza del Estado ó del cuerpo representativo, puesto que á ellos es á quienes toca mirar por el honor é intereses del Estado. En aquellos casos, empero, en que ninguna de las cosas antedichas peligra, por existir muchas garantías en su favor, entónces es difícil comprender por qué causas se ha de limitar la libertad del jóven príncipe al contraer matrimonio, sin tener para ello más razon que viejas preocupaciones, hoy ya costumbres, sobre la pureza de sangre. Algunas constituciones modernas encontramos tambien disposiciones de índole parecida (1).

10. El órden de sucesion hereditaria en los tiempos mo-

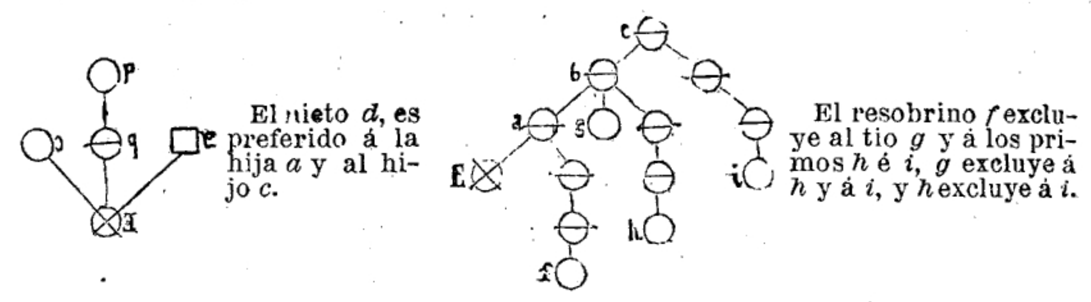
---

(1) En cuanto Inglaterra lo ordena así el Estatuto de 1782. Véase á Dalhmann Politik, I, p. 87. La Constitucion bávara, II, § 3, dice: «Para ser capaz de suceder en el trono, se requiere haber nacido de matrimonio igual y contraido con el consentimiento del rey.» La Constitucion española de 1837, art. 49, dice: «Cuando el rey trate de contraer matrimonio, dará de ello aviso á las Córtes, á cuyo consentimiento se someterán, para que formen objeto de una ley, las estipulaciones y el contrato matrimonial. Lo mismo debe observarse con relacion al matrimonio de los herederos del trono. Ni el rey ni sus sucesores al trono podrán contraer matrimonio con persona que, segun la ley, estuviere excluida del trono.» La Constitucion portuguesa de 1826, art. 90, dice: «El matrimonio de las princesas, herederas presuntas de la corona, se ha de verificar siempre con consentimiento del rey, y siempre con príncipes extranjeros. Cuando el rey hubiese cesado de vivir, no se efectuará el matrimonio del heredero sin el consentimiento de las Córtes generales. El consorte no puede tomar parte alguna en el gobierno, y no llevará el nombre de rey hasta que la reina haya dado á luz un hijo ó una hija.» La Constitucion sueca de 1809, § 44, dice: «Ningun príncipe de la casa real, sea el príncipe coronado, sea el príncipe heredero, ó cualquier otro príncipe, puede casarse sin saberlo y consentirlo el rey. Si esto, sin embargo, aconteciese, el infractor queda desde luego desheredado del trono, no sólo él, sino tambien sus hijos y sucesores.»

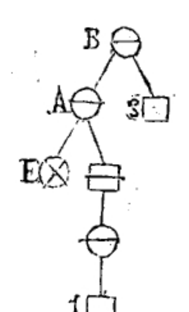
dernos, se funda, por lo regular, en el principio del órden de primogenitura, esto es, que muerto un rey, le sucede el hijo primogénito, despues el nieto primogénito, y así sucesivamente, excluyendo, por lo tanto, los hijos segundogénitos, por haberse de preferir siempre la línea primogénita (parentela) á cualquier otra: este procedimiento no sólo es aplicable á la descendencia, sino tambien á las líneas colaterales (1). La parentela se sucede por el grado de parentesco que se guarda con el último reinante, quien, como se ve, no influye para nada en el derecho hereditario, y nunca se mide por la mayor ó menor consanguinidad con el primer ocupador de un trono, que fué el que fundó realmente el derecho de sucesion. La diferencia entre estas dos maneras de comparar el parentesco se hace bien clara donde toda la estirpe masculina ha desaparecido, abriéndose en tal caso la sucesion á los cognados (2).

---

(1) Por ejemplo:



(2) Cuando se extinguió la descendencia masculina de la casa de Hasburgo, se entabló una cuestion de grande importancia práctica, la de saber cuál de los dos personajes se habia de excluir, la hembra heredera del trono por estar más cercana al último reinante, ó la que aspirase á ser emperatriz como más allegada al fundador de la dinastía. Se optó por la exclusion de la segunda. En favor de esta opinion habla la Constitucion bávara, II, § 5. Tambien en la sucesion de los cognados se suele, en la mayor parte de los casos atender, no al principio romano de la prosimidad de los grados, sino más bien á aquel principio público aleman que tiéne por norte buscar la parentela más próxima, y dentro de ella elegir el grado más próximo; así, por ejemplo:



La resobrina *f*, como perteneciente á la parentela *A*, es preferida á la tia *g*, perteneciente á la parentela *B*.

Es dudoso, sí, cuando parentela y grado son iguales, puede pospo-

Los Electorados fueron los que por primera vez introdujeron en Alemania el derecho de primogenitura. De los Electorados pasó y se extendió á todos los otros países alemanes (1). Muchas veces es causa de grandes y encarnizadas guerras civiles la circunstancia de ser dudoso á quien pertenecía el derecho hereditario.

11. La sucesion del derecho público está hoy más que nunca preparada á separarse del derecho privado. Segun aquélla, pertenecen á la cabeza del Estado, como tal, todos los derechos públicos que le son debidos, así como todos los bienes adquiridos segun los preceptos de la constitucion ya procedan de ley dinástica, ya de legados particulares; ya en fin de decretos testamentarios de la sucesion política (2).

---

nerse la hembra de más edad al varon más jóven, ó si en tal caso no debe tenerse más consideracion con el que ya es casado. Dè lo primero son partidarios los Ingleses (Blackstone, 1, 2, 3), y de lo segundo, varios Estados alemanes. Constitucion bávara, II, 5; del *Wuttemberg*, § 7. Véase á Zacharía, *Derecho público aleman*, § 73.

(1) La *Bula de Oro* de 1356, VII, § 2, dice: «Præsenti lege perpetuis temporibus valitura decernimus, ut postquam iidem principes electores seculares, et eorum quilibet esse desierit, jus vox et potestas electionis hujusmodi ad filium suum primogenitum, legitimum, laicum, illo vero non extante, ad ejusdem primogeniti filium similiter laicum, libere, et sine contradictione cujuspiam devolvatur, § 3. Si vero primogenitus hujusmodi, absque hæredibus masculis, legitimis, laicis ab hac luce migraret virtute præsentis Imperialis edicti, jus vox et potestas electionis prædictæ ad seniorem fratrem laicum per veram paternalem lineam descendentem et deinceps ad illius primogenitum laicum devolvatur.» En Baviera introdujo la primogenitura el conde Alberto el Sábio, por los años de 1506, á pesar de que en tiempos posteriores, el emperador Luis trabajó en vano por la indivisibilidad y unidad del reino. En las antiguas casas de los príncipes de la India fué siempre reconocido el derecho de primogenitura. Roma (Holtzmann). V. 1814: «En nuestra estirpe siempre ha heredado el primer hijo la dignidad real.»

(2) Disposiciones análogas hallamos detalladamente en la Constitucion de Baviera, III, § 2: «Pertenecen à los bienes inalienables del Estado, que en el caso de separarse de la sucesion privada los bienes públicos, no pueden ser clasificados en el inventario; 1) Los archivos y registros; 2) Las instituciones y edificios con sus pertenencias; 3) Los parques de artillería, municiones, depósitos y cuanto es necesario al ejército; 4) Los departamentos de los capellanes y oficiales de la córte con sus bienes muebles, los cuales están confiados al cuidado de los intendentés de palacio, y sirven para el uso ó explendor de la casa real; 5) Todo lo que sirve para el adorno y decoro de los sitios reales y casas de recreo; 6) El real tesoro con todos los aumentos hechos por el testador; 7) Todos los edificios destinados á las artes y á las ciencias, como bibliotecas, gabinetes de física é historia natural, museos de numismática, arqueología, estatuaria, faros con sus respectivos instrumentos, pintura, grabado y otros objetos destinados al uso del público y al fomento de las artes y de las ciencias; 8) Las provisiones en numerario y capitales existentes en el erario público, ó en especie en manos de los empleados junto con to-

La sucesion privada se compone de sólo los bienes particulares del príncipe. La primera sucesion toca al que hereda el gobierno conforme á las disposiciones del derecho público acerca de la sucesion al trono; y la última es regulada por las leyes del derecho privado acerca de la sucesion; de donde el sucesor al trono no es necesariamente el heredero privado, y los herederos particulares del testador no tienen pretension alguna á la sucesion política.

---

dos los créditos que de derecho pertenecen al Estado; 9) Todo lo que ha sido adquirido por medio de éste. Segun el párrafo segundo pertenecen al mismo la nuevas adquisiciones á título de privadas, de los bienes inmuebles «cuando su primer dueño no haya dispuesto de ellas en vida.»

CAPITULO III.

REQUISITOS PERSONALES DE LA CAPACIDAD PARA LA SUCESION AL TRONO.

1. Durante la Edad Media, los príncipes, ejercían por derecho feudal en la mayor parte de los Estados influencia que se extendía áun á la sucesion en los principados laicos. Tanto los clérigos como los monjes estaban excluidos de la sucesion en los principados laicos, así como lo estaban tambien con relacion á los feudos segun el derecho feudal longobardo (1). Tambien en las modernas constituciones, la dependencia que el clero católico tiene con respecto á la Santa Sede y el carácter especialmente laico del Estado han establecido por regla general que para la sucesion al trono se atienda á los laicos, siendo, por lo tanto, los clérigos únicamente capaces de tomar parte en ella, cuando en forma reconocida por el Estado, hayan dejado de pertener á los centros sacerdotales (2), comprendiéndose sin dificultad que los principados eclesiásticos sean una excepcion á esta regla.

Esta exclusion no puede aplicarse á los eclesiásticos protestantes; puesto que en su Iglesia no existe antítesis alguna entre sacerdotes y laicos, no ofreciendo dificultad alguna el tránsito de los oficios y deberes eclesiásticos á los oficios y deberes de los seglares.

2. En muchos Estados modernos, para ser capaz de la

(1) II, Feud., 26, § 6: «Qui clericus efficitur, aut votum religionis assumit, hoc ipso feudum amittit.» Bula de oro, cap. 6, párrafo citado.

(2) Otra cuestion es averiguar si esto es permitido por el derecho eclesiástico, cuestion cuya resolucion no es necesaria para el derecho público.

sucesion al trono se exige la profesion de la religion establecida, siendo motivo para ser excluido de ella la profesion de fé diversa.

Esto se comprende sin esfuerzo alguno en la Edad Media, en cuyos tiempos se daba fuerza decisiva á la unidad de creencias y á la union indisoluble del órden temporal y religioso. El mismo emperador podía hacerse digno de este género de destierro religioso, y perder en consecuencia sus dominios, «si llegaba á poner en duda la fé.» (1) En el Estado moderno, cuyo ordenamiento se ha ido poco á poco librando de los vínculos eclesiásticos, y en el seno del cual el ejercicio de los derechos políticos tampoco depende de la profesion religiosa de las personas, no se tiene como regla general este requisito, á pesar de que no dejamos de reconocer que siempre es un mal para la nacion el que su jefe supremo personalmente se halle afiliado á fé no reconocida por el pueblo (2); ya porque la piedad y confianza de los súbditos para con su rey se disminuye por la antítesis de las creencias; ya porque hay siempre peligro de que el príncipe, si es fervoroso creyente, abuse de su poder para perturbar los intereses religiosos del pueblo y corromper cuanto con ellos se conexione. A este justo temor corresponde en el actual desarrollo del derecho de los Estados cristianos, el que se presuponga que el jefe supremo del Estado pertenece á la religion cristiana (3).

El derecho público inglés va todavía más allá, puesto que declara á Inglaterra favorable á un «reinado protestante, cuya prosperidad no podría existir en el momento en que fuese gobernado por un príncipe papista,» de donde todas las personas «que reconocen la religion del Papa, ó están unidas en matrimonio con otra persona papista,» son teni-

(1) *Código sajon* III, 57, § 1: «Den Kaiser ne mut de paves noch neman bannen seder der tiet dat he gewiet is, ane umme dre sake; of he an' me geloven tvifelt, oder sin echte wif let, oder gotes hus zostoret.» III, 54, § 4.

(2) Desde la paz de Westphalia se reconoció en los Estados alemanes como principio que la desemejanza de religion cristiana no acarrea, en manera alguna, la exclusion de la sucesion al trono.

(3) La const. de Würtemberg expresamente exige, en el § 5: «que el rey debe reconocer una de las Iglesias cristianas» de donde, como se ve quedan excluidos tanto los sectarios públicos, como los no cristianos Véase lo que á este propósito dice R. Mohl. *Derecho público de Würtemberg*, I, p. 148.

das por incapaces para conservar la corona (1). Otro tanto sucede en Suecia (2), donde al rey se exige la confesion de Augsburgo, así como la nueva Constitucion griega (art. 40) prescribe que el sucesor al trono debe reconocer la Iglesia «cristiana, ortodoxa, oriental,» lo cual es extensivo á los miembros de la casa imperial de Rusia, qne deben pasar por esta exigencia.

3. Para que la sucesion al trono pueda efectuarse, hay, por último, que presuponer que la persona á aquélla destinada no tenga defectos que la hagan absolutamente incapaz para gobernar. Con harta razon el derecho público antiguo daba gran importancia á este requisito, y no creemos que en nuestros tiempos haya razones para tomar en consideracion semejantes defectos. Por el contrario, consideramos ilógico que el derecho público moderno quite el derecho de sucesion por la existencia de defectos que pueden únicamente hacer difícil la prosperidad de un gobierno, y que, sin embargo, no obre de la misma manera cuando el gobierno es directamente imposible por medio del individuo á quien afectan los defectos de que hablamos. Y cuenta que para nada sirve en este caso el privar al monarca de la administracion del reino, porque esta medida acarrea muchos males y peligros públicos, y por sí no asegura duradera y absolutamente, sino transitoria y relativamente, el necesario reemplazo del monarca. Esto no quita que esté en el interés del Estado evitar, en cuanto sea posible, por medios jurídicos los litigios que pudieran suscitarse sobre la materia, y por esto estamos convencidos que deberían en cada caso determinado, ser excluidas de la sucesion al trono las personas evidentemente incapaces, principalmente por medio de un acto del poder legislativo.

Como tales defectos, deben considerarse:

a) Los defectos corporales. El Código sajon excluye á los hermafroditas, enanos, contrahechos y leprosos (3), no sólo

---

(1) Declaracion de los derechos en 1689 y acta de 1701. El acta sobre la emancipacion de los católicos en 1829, no altera en nada dicha determinacion.

(2) Ley fundamental de 1772, art. 1.º: «El acuerdo en religion y en el debido culto divino, es el sólido fundamento de un gobierno laudable, pacífico y verdadero.»

(3) *Derecho provincial sajon*, I, 4. § 1: «Upe altvile unde upe dverge ne irstirft weder len noch erve noch uppe kroppelkint. De noselseke man ne vnitveit weder len noch erve.»

cuando se trata de la sucesion provincial, sino tambien, y con mayor razon, tratándose de la sucesion de los príncipes. Es verdad que la lepra, como enfermedad curable, no puede por sí sola ser tenida como causa de exclusion, pero no puede conciliarse con la dignidad del Estado, que la suprema majestad y gloria pertenezca á un hombre atacado de semejante plaga.

Más rigurosas aún que éstas eran las disposiciones del derecho feudal, el cual excluía de la sucesion á los feudos, á los mudos de nacimiento, á los sordos y á los ciegos, no pudiéndose poner en tela de juicio que, perdido el carácter feudal, tales disposiciones no tienen para el Estado autoridad obligatoria de ninguna especie (1). Sólo la analogía de las circunstancias ejerce aún alguna influencia en esta materia, y bien podría ser que idénticas razones pudiesen determinar en tiempos posteriores al derecho constitucional moderno á ordenamientos análogos (2).

b) Defectos espirituales. Segun la Bula de Oro de 1356, son excluidos los imbéciles y dementes (3), cuya limitacion, sin duda, se refería á los países electorales; pero evidentemente no intentaba introducir principio alguno que fuese particular á ellos, sino que, por el contrario, quería dejar establecido un principio general que pudiese ser aplicado convenientemente á los demás países. Entre tanto, para asegurar el derecho hereditario contra las disputas y con-

---

(1) *Derecho provincial sajon*, I, 4, § 1: «Wirt ok ein kint geboren, stum oder handelos oder votelos oder blint, dat is wol erve to lantrechte unte nicht len erve.» Segun el derecho feudal longobardo, la cuestion era dudosa, como puede verse en estas palabras, II, Feud., 36: «Mutus et surdus, cæcus, claudus vel aliter imperfectus, etiamsi sic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit. Obertus et Gerardus et multi alii. Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse.» Véase sobre esta cuestion á Tabor, en el *Diario del derecho aleman*, de Beseler, etc., IX, p. 262, y el párrafo de la *Bula de Oro* en la nota 11. La ordenanza del Palatinado electoral de 1374, se expresa así: «bei einem unserer Erben der der elteste sy un by gutem Wizen und Sinnen sy, und on naturlicher Gebresten seiner Glider sy.»

(2) La ley dinástica de Würtemberg de 1808, excluye irremisiblemente á los ciegos, limitacion que no encontramos, sin embargo, admitida en los párrafos 11-13 de la Constitucion, ni en la nueva ley dinástica de 1828.

(3) *Bula de Oro*, XXV, § 3: «Primogenitus filius succedat, sibique soli jus et dominium competat, nisi forsitan mente captus, fatuus, seu alterius famosi et notabilis defectus existat, propter quem non deberet seu posset hominibus principari.»

flictos, las constituciones modernas, en el caso de que tratamos, en vez de la exclusion completa del monarca establecen sea éste reemplazado por otra persona en la administracion del reino, pudiendo racionalmente dudarse si este temperamento se inspira precisamente en el interés de la nacion y de la misma monarquía (1).

c) Incapacidad moral (2). Cuando ésta sea causa de la exclusion, segun el espíritu moderno, deberá preceder un acto de la legislacion que prive de su derecho al heredero culpable.

---

(1) Puede obviarse fácilmente el peligro de litigios por causa de la sucesion al trono, por medio de una decision del poder legislativo, pero no así el peligro que trae consigo una administracion que ha de durar todo el espacio de la vida de una persona. Dahlmann, en su *Política*, I, p. 89, dice: «Semejante exclusion del monarca reinante, deberá en todo caso llevarse á cabo despues de haber pedido el consejo á la familia, y con la aprobacion (?) de ésta, de modo que sólo podrá efectuarse cuando, á más del Ministerio de Estado, haya reconocido la legitimidad de la causa la Asamblea de los Estados.»

(2) *Lex Bajuvar.*, II, 10, citada en el cap. 6.

CAPITULO IV.

FORMAS EN LAS REPÚBLICAS.

1. Para que los gobiernos dedicasen sus cuidados á las necesidades cuotidianamente variables del Estado y para que, en efecto, estuviesen á la altura de las circunstancias, sería necesario, por una parte, la unidad de voluntades manifestada por medio de sus planes y ordenanzas, y por otro cierto modo de obrar contínuo y no interrumpido, requisitos que no encontramos elevados á la necesaria suficiencia ni por las Asambleas populares ni por las Cámaras representativas. Por esta causa, en las repúblicas modernas la potestad gubernativa se halla ordinariamente reconcentrada ó en manos de autoridades poco numerosas, ó directamente en un jefe único. El primero de estos dos sistemas, si bien, no en todas partes, se halla en práctica, en Suiza (1), así como el último en América (2); y tanto en uno de estos países como en el otro echamos de ver cierto elemento monárquico que sí seguramente es visible en el primero, en el segundo se muestra más perfeccionado y determinado, siendo indispensable cuando se trata de Estados de gran ex-

(1) En la Confederacion el Consejo federal, y en los cantones los Colegios gubernativos. En un principio en los pueblos de campo los *Bailes* locales (*Landammäner*) los *Burgomaestres* y *Síndicos* en las ciudades, así como el *baile* de Suiza, segun la constitucion de mediacion en el gobierno federativo, tenían posicion preeminente, como cabezas de determinadas clases. La nueva constitucion de Ginebra y la tendencia al sistema directorial que se manifiesta en nuestros días son manifestaciones en favor de nueva concentracion individual del poder gubernativo.

(2) Sobre esta materia puede consultarse lo que dice *Story* en su obra, Comm. III, 36, § 202.

tension. Cuando en 1795 confió Francia el «poder ejecutivo» á un directorio compuesto de cinco miembros fué tan vivamente comprendido el defecto interno de aquel gobierno colectivo que la autoridad individual del primer cónsul pareció ante aquella locura, más saludable y gloriosa, habiendo obtenido en breve tiempo leccion identica de la experiencia, en 1848, la república recientemente fundada. Sólo el individuo puede dar á la accion la necesaria energía, al sistema gubernativo la indispensable unidad, á la imaginacion, al respeto, á la confianza del pueblo defensa y viva expresion, y á la responsabilidad política significado real. La colectividad paraliza y divide la fuerza del gobierno, debilita y merma, por su externa manifestacion, la fé que el pueblo debe tener en el gobierno así como el debido respeto, y hace parcial é ilusoria la responsabilidad. En las repúblicas pequeñas, de suyo ménos tornadizas, no se echa tanto de ver este defecto y por eso no es en ellas extraño que el sentimiento republicano se oponga eficazmente á la aparicion individual del jefe del Estado. Por esto en ellas puede tener lugar el gobierno colectivo; pero no por esto deja de ser tendencia harto defectuosa que las divisiones y antítesis de partido, que en el cuerpo representativo del poder legislador tienen natural justificacion, se trasmitan tambien al gobierno y destruyan de esta suerte la necesaria unidad y armonía (1).

2. Debe tenerse como regla, para el establecimiento del gobierno, la eleccion. En efecto, si el pueblo debe renunciar á gobernarse por sí mismo, quiere igualmente exteriorizar, digámoslo así, una influencia directa para el libre nombramiento del regente bajo la direccion del gobierno, al par que manifiesta su potestad y su confianza.

Frecuentemente hemos observado que los pueblos son incapaces para gobernarse por sí mismos, pero no para elegir un regente. El pueblo raramente elige para su supre-

(1) Segun el sistema electoral vigente en Suiza es difícil de evitar semejante desmembracion del gobierno. Si al presidente del colegio se concediese algun derecho de hacer proposiciones para la eleccion de los individuos, ó veto contra los nombramientos inarmónicos, en este caso podría obtenerse unidad relativa. Todo colegio gubernativo, interiormente dividido en las repúblicas, es ménos tolerable que un ministerio compuesto de elementos hostiles en la monarquía, porque éste encuentra en la persona del monarca la unidad que en el primero de los anteriores casos debe ser obra de los que tienen sobre sus hombros el peso del gobierno.

ma magistratura á un hombre mediano, y más raramente aún á un hombre malo; no puede mostrarse ingrato ni hostil hacia los hombres políticos más eminentes, pero el favor que les dispensa no está exento de las veleidades del capricho. Raras veces es extraña la baja envidia hacia una personalidad distinta, y raras veces tambien deja de ser víctima de las intrigas. Ama la gloria, el esplendor, se siente honrado en sus mismos jefes y se halla, en fin, más dispuesto para elegir las personas dignas y buenas que han de regirlo que para instituir el cuerpo legislativo (1).

Por consiguiente, en la república, la eleccion directa del pueblo, segun los experimentos excelentemente hechos en Roma durante muchos siglos y en Suiza en las democracias directas, donde siempre dió excelentes resultados y gran gloria á los respectivos países, no debe en manera alguna ser rechazada, sino que por el contrario, merece preferencia sobre la eleccion verificada por medio del cuerpo legislativo, ya establecida en los cantones representativos de Suiza así como tambien en la misma confederacion. Por lo demás, esta diversidad en la institucion electoral guarda relacion con la cuestion del gobierno individual ó colectivo. Todo conocimiento particular sobre el tecnicismo propio de algun ramo, como, por ejemplo, en hacienda ó en administracion, no hay duda, segun todas las apariencias, que podrá ser mejor valuado por el cuerpo representativo, que por su parte sabrá encontrar las personas al efecto más idóneas. Por consiguiente, donde éstas formen los elementos del gobierno colectivo, como en Suiza, allí la eleccion de las mismas no es confiada al mismo pueblo, así como, donde el sistema gubernativo se halla concentrado en uno ó dos individuos, como jefes del Estado, allí deberá preferirse la eleccion directa del pueblo (2).

Los norte-americanos, para la eleccion del presidente, han llegado á establecer un sistema mixto. En efecto, no quisieron dejar la eleccion al Congreso para no dar á la intriga ninguna influencia en el seno del mismo, para no ha-

---

(1) Sismondi, *Etudes*, I, § 271.

(2) Véase lo que hemos dicho en el tomo I, lib. VI, cap. 22. Ambas relaciones quedarían de este modo reunidas, puesto que el pueblo conservaría la eleccion de los jefes de los Estados, y dada la propuesta, las grandes asambleas conservarían el derecho de elegir á los otros individuos del gobierno.

cer al elegido demasiado dependiente de la mayoría y para pedir al pueblo influencia eficaz áun en el sistema gubernativo; pero, por otra parte, se alejó el peligro de esos tumultos y agitaciones febriles que se originan en el pueblo, cuando éste directamente procede á la eleccion, exigiéndose al propio tiempo mayor perspicacia en las diputaciones populares, que funcionan como electores. Por esta causa se dejó á la voluntad de cada uno de los Estados la indicacion, en casos particulares, de estos electores que, en votacion secreta, deben dar su voto, concediéndose á la Cámara de los representantes únicamente el decidir, cuando ésto no tenga lugar por la eleccion principal, la eleccion de mayor número de personas dignas de ser antepuestas á las otras (1).

3. Los intereses del Estado dan gran valor á cualquier gobierno contínuo y firme, para que sean conservadas las tradiciones de la política y de los negocios, para que los proyectos y empresas en grande escala que abarcan gran espacio de tiempo puedan ser puestos en práctica, y para que el áncora de la seguridad y de la confianza consiga aferrarse firmemente en el fondo del ánimo. Empero, debe notarse que el regente vitalicio es todo un monarca, y que la existencia perdurable de la república es imposible sin la breve duracion del poder de los jefes del Estado. Por esto creemos quedan conciliadas estas dos exigencias cuando se ocupa por poco tiempo el puesto; pero el indivíduo que lo ocupó, puede sin ningun género de dificultad, ser elegido de nuevo (2).

Este sistema es respetado en la mayor parte de las repúblicas modernas, y sólo la Constitucion francesa de 1848 (art. 45), prohibió la reeleccion del presidente de la repúbli-

---

(1) Esta determinacion se halla expresamente en la Constitucion del año 1787, II, § 2 y 3, y en el artículo adicional de 1804. Puede consultarse á Story, *Comm.*, III, 36, § 206, 207.

(2) Washington, Carta del 28 de Abril de 1788: «No puedo ver bajo ningun aspecto interés alguno en privarnos de los servicios de un hombre que, en una de las grandes crísis, ha sido por todos reconocido como la persona más capaz para poner sus talentos á disposicion del Estado.» Por el contrario, Jefferson temía que la reeleccion pudiere traer consigo en la práctica, que una vez elegido el presidente, fuese reelegido á perpetuidad. Pero, en efecto, se sabe ya que la experiencia ha venido á destruir en la misma América Septentrional los fundamentos de estos temores. Véase lo que dice Story, III, 36, § 204. La práctica americana nunca ha traspasado los límites de una sola reeleccion, así que el cambio personal no se ha hecho esperar más allá de 8 años.

ca despues de los primeros cuatro años de ocupar su puesto, lo cual, como puede observarse, fué signo evidente de que los autores de la nueva constitucion republicana no tenían confianza alguna en el sentimiento republicano de la nacion francesa, y de que, por ende, procuraban con diligencias las más rigurosas, aunque sin resultado, como luego se vió, asegurarla para que no cayera en los brazos de la monarquía.

4. Los requisitos personales del jefe del Estado y de los indivíduos que componen el gobierno, encuentran aquí dificultades menores que las que son propias de la monarquía hereditaria, puesto que la libre eleccion hace posible apreciar y considerar, segun las circunstancias, la capacidad é idoneidad individual de la persona que se ha de elegir.

A pesar de todo, suele exigirse:

(a) Pleno derecho de ciudadanía en los electores, y algunas veces tambien, el derecho natural de la misma, porque así puedan cerrarse las puertas de ingerencias en el gobierno de la república á toda influencia y miras extranjeras (1).

(b) Edad madura (2).

---

(1) Const. de la América del Norte, II, § 5. Véase á Story, III, 36, § 208.

(2) En la América del Norte, el candidato para la presidencia debe tener por lo ménos 25 años, miéntras que en Suiza sólo se exige que sea mayor de edad,

CAPITULO V.

TRASMISION DE LOS PODERES DEL SOBERANO Á SUS SUCESORES.

El sucesor no continúa la persona de su predecesor, pero sí la carga ó institucion política del gobierno; de donde se sigue, como principio normal, que las obligaciones meramente personales del monarca no pasan de derecho al sucesor; pero sí los deberes fundados en su cargo. La vida del Estado y de su jefe supremo continúa, aunque muera el indivíduo (1).

En particular el sucesor debe reconocer:

a) La validez jurídica de las órdenes emanadas del soberano anterior, la de las empresas por él iniciadas, y la de las convenciones hechas en forma oficial; pues todo esto no se extingue con la muerte, sino que continúa sin interrupcion alguna (2).

b) Otro tanto debe decirse de las expectativas que el rey concede á un tercero, ya sea relativamente á feudos, ya á

(1) La antigua teoría sobre este particular lleva directamente á la confusion de los principios políticos con los principios de derecho privado que rigen en el derecho hereditario. Por esto dice con mucha razon Baldus, *Consil.* I, cons. 27, II, lib. cons. 159: «Imperator mori non potest, sed ipsa dignitas, oficium imperatoris est immortale; quæ faciunt itaque reges, nomine non suo sed regni i. e. gentis suæ, illa obligant gentem et principem ejus successorem. nisi læderent facta ipsum regnum, quia regni tutela est commissa, non dilapidatio.» Véase á Zacaría, *Derecho público aleman,* § 76.

(2) La Carta del emperador Francisco II á los príncipes electores de 1796, dice así: No hay nadie, que, aunque sea someramente, no pueda calcular las grandes consecuencias que necesariamente se seguirían en toda Alemania, si debiese triunfar la opinion que nos enseña que el sucesor en el gobierno no está regularmente ligado á las operaciones de sus predecesores, llevadas á cabo en su cualidad de príncipes reinantes.»

beneficios ó empleos, cuando aquéllas hubiesen adquirido, durante la vida del monarca, estable pretension jurídica, aunque hubiesen de realizarse en lo porvenir, así, como, por el contrario, cuando el fin de dichas expectativas fué tan sólo dar al tercero una esperanza, ó probable expectativa del feudo ó empleo, entónces, tal deber puede no trasmitirse al sucesor, ya que su mismo antecesor no estaba obligado jurídicamente al cumplimiento. Las esperanzas no son derecho, ni las expectativas necesidad (1). Bien puede cierto respeto de piedad para con el deseo del predecesor, y el temor del mal moral resultante del engaño, determinar, al sucesor en pró del buen nombre del jefe supremo del Estado, á realizar la prometida esperanza y á convertirla en propios deseos; mas esto no será jamás precepto de derecho público, sino máxima de sábia política.

c) Si la disposicion del predecesor contiene una nulidad formal, por ejemplo, por faltar la necesaria refrendacion del ministro, ó porque el jefe del Estado, no estaba, segun la constitucion, autorizado para tanto (2), entónces no está, en manera alguna, su sucesor obligado á reconocerla, porque, en todo caso, durante la vida del predecesor, no quedó establecido derecho alguno real sino sólo un derecho aparente, el cual es defendido por potestad personal del soberano reinante, pero no por las atribuciones propias de su elevado puesto.

Por el contrario, si miramos la cuestion desde el punto de vista comprensivo del derecho público universal, no podemos ajustarnos á la idea de que las acciones materialmente injustas del predecesor, ó las que hieran los intereses de la prosperidad del Estado, que por ende son dañosas, deban, sin más ni ménos, ser declaradas nulas por el sucesor; porque, si dichas disposiciones están señaladas con el estigma propio del derecho y han de observarse como de-

(1) Así se resuelve la antigua contienda de los publicistas. Véase á Kamptz, *Exámen del vínculo de los príncipes láicos, con las operaciones de sus predecesores*, 1800. Muy conveniente es á este propósito, la disposicion de la Constitucion de Baviera, III, § 5: «La Corona no puede conferir expectativas de bienes para lo porvenir, ni devolucion de rentas y derechos, así como tampoco de cargas y dignidades.»

(2) En la Const. de Altenburgo se reconoce como principio que «los actos gubernativos del predecesor deben ser reconocidos y continuados por el sucesor, siempre que hubiesen sido emprendidos sin traspasar los límites de los poderes constitucionales y de la ley de la dinastía.»

recho formal, creemos que la muerte del monarca no puede privarlas de este carácter, ya que, por esto mismo precisamente, el defecto de que adolecen no toma mayores proporciones que las que anteriormente tenian.

d) Con todo, nos viene á la mente un gran correctivo de la falta que nos ocupa, y es que del sobredicho principio no se sigue, en manera alguna, la inmutabilidad de las relaciones jurídicas fundadas por el predecesor. Al pasar las riendas del gobierno de las manos de un indivíduo á las de otro, éste no quebranta ni destruye la fuerza del derecho existente, sino que el nuevo jefe del Estado, lo mismo que su antecesor, está facultado para verificar un cambio, porque, en su progresivo desarrollo, el Estado no reconoce relacion jurídica eternamente inmutable. Este cambio, sin embargo, debe llevarse á cabo en forma jurídica (1), debiéndose respetar y conservar todos los derechos bien adquiridos (2).

e) Las deudas meramente privadas no pasan al sucesor en el gobierno como tal, sino únicamente al heredero privado, segun las leyes del correspondiente derecho, lo cual rige tambien cuando dichas deudas hayan sido contraidas por el monarca en relacion á los bienes de familia, pero no en su calidad de soberano. Solamente cuando el patrimonio familiar ha sido acrecentado por su conversion en fideicomisos y bienes feudales, solamente entónces, decimos, la equidad, que no permite el enriquecimiento á expensas del prójimo, produce la obligacion de pagar la deuda hasta el total del exceso de valor existente en la hacienda familiar.

---

(1) Cuando, v. g., el predecesor ha renunciado, segun las normas de la Constitucion, á los derechos régios, entónces el sucesor no puede por sí sólo restablecerlos, ni áun siquiera en el caso de que aquéllos fuesen útiles á la prosperidad pública, sino que, segun el sistema representativo, necesita para ello el consentimiento de las Cámaras. V. á Zöpfl, *Diccionario del derecho público aleman*, § 226.

(2) Véase el libro II de este tomo, cap. 13.

CAPITULO VI.

IV.—Fundamento de la regencia.

1. La menor edad del sucesor al trono no es obstáculo, en la monarquía hereditaria, para que aquél entre á participar de los derechos del gobierno, aunque sólo en la mayor edad puede ejercerlos independientemente. De aquí nace la necesidad de un lugarteniente, esto es, de la regencia.

Los males legados al Estado por la regencia han sido causa, desde tiempos muy remotos, de que los límites de la menor edad fuesen más estrechos que los señalados en el derecho privado, á fin de que las riendas del Estado no quedasen fácil y prontamente á merced de las consiguientes intrigas. El peligro con que la poca edad del jóven soberano amenaza al Estado parece menor que los que nacen de la regencia por mucho tiempo continuada y que difícilmente puede conciliarse con el principio de la monarquía. Por esta causa, la Bula de Oro fijó los 18 años (1) en los principados electores de Alemania para la mayor edad política de los príncipes, miéntras que en el derecho privado aleman sólo se llega á ella á los 21 años ó, segun el derecho romano, á los 25, siendo, así mismo, los 18 años la edad asignada por regla general en los Estados modernos, y la reconocida (2), con muy pocas excepciones, no sólo en los Estados alemanes, sino tambien en Ingla-

(1) VII. § 4; «Quam (legitimam ætatem) in principe electore decem et octo annos completos censeri volumus et statuimus perpetuo haberi. Quam dum attigerit, jus vocem potestatem et omnia ab ipsis dependentia tutor ipse sibi totaliter cum efficio teneatur protinus assignare.»

(2) Zacharía, *Derecho público aleman*, § 79.

terra, Holanda, Bélgica, etc. Segun la Constitucion de Suecia de 1809 (art. 93), el rey puede solamente asistir á la Asamblea del Estado, al Tribunal Supremo, á los juzgados y tribunales de justicia; pero no tomar parte en las deciciones; y la tutela únicamente cesa cuando llega á la mayor edad señalada por el derecho privado, áun cuando, como excepcion á todo lo dicho, se nos presenta la Constitucion española del año 1837, que en su art. 56, fija en 14 los años de la menor edad (1).

2. El derecho público de la Edad Media tenía tendencia á considerar á la regencia del sucesor al trono, en su minoría, bajo el punto de vista de la tutela personal; mas el derecho público moderno toma á su cargo separar radical y plenamente la tutela de derecho privado, establecida para cuidar del indivíduo, de la regencia de derecho público que se funda en la necesidad que el Estado tiene de un gobierno determinado (2). De aquí es que no haya dificultad en admitir tutores del príncipe menor de edad y lugartenientes en el gobierno del reino, perteneciendo á aquéllos la administracion de sus bienes privados y á éstos llevar el timon del Estado.

De aquí resulta que no debe aprobarse, aunque ahora se halle en vigor, que se aplique la ley del derecho privado sobre la institucion de la tutela, (v. g., por testamento, por ley ó por ordenamiento del magistrado) en los puntos en que el derecho público positivo no haya establecido otra cosa sobre este particular. No acertamos á comprender la aplicacion de las reglas vigentes en derecho privado al campo propio del derecho público. Por el contrario, no debe olvidarse que la regencia puede únicamente fundarse por un acto de derecho público, aunque el derecho positivo del Estado, por una excepcion, no hubiese acudido para la fundacion de que tratamos á las formas del derecho privado.

Las leyes fundamentales modernas contienen, bajo el

---

(1) La Constitucion de 1812 exigía (§ 185) 18 años. En Francia, desde Cárlos V (1374), se fijó la mayoría de que tratamos á la entrada de los 14 años. Schäffner, *Historia del derecho francés*, II, p. 307.

(2) La declaracion de Hannover en la Asamblea federal, dice textualmente: «El gobierno tutelar de un Estado soberano, no debe equipararse con la administracion asimismo tutelar de los bienes de una persona privada.» De aquí es que, tratándose de la primera, deba aconsejarse se evite el uso de la palabra tutela.

punto de vista que estudiamos, disposiciones harto más exactas; así que, segun unas, la regencia se regula por institucion definitivamente establecida (1), y, segun otras, se nombra regente particular en cada uno de los casos que ocurren. Concuerda perfectamente con el derecho público de la monarquía hereditaria constitucional el que el nombramiento no se deje á la sola eleccion del monarca ni exclusivamente á las Cámaras (2), sino que se haga por medio de una ley emanada del cuerpo legislativo (3), la cual, si no se hizo durante la vida del monarca reinante, debe suplirse segun se halla prescrito en Holanda, al ménos por un voto deliberativo concedido al pariente más allegado del sucesor menor de edad.

3. No es la menor edad el único motivo que hace necesaria la regencia, sino que tambien tiene cabida, cuando despues de haber tomado posesion del gobierno se descubre en el monarca alguna incapacidad personal para llevar adelante su cometido, la cual, por otra parte, no aparenta haber de tener tanta duracion y gravedad que sea suficiente para justificar el advenimiento al trono de un nuevo sucesor. En este caso es necesario el nombramiento de un regente. Las causas principales para la adopcion de esta medida son:

a) Imperfecciones corporales, v. g., sordera, ceguedad, mudez ó enfermedad grave;

b) Demencia ó enfermedad análoga de espíritu ó de ánimo, como imbecilidad, gran nostalgia;

---

(1) Segun la Constitucion de Baviera, II § 10: «El monarca puede elegir entre los príncipes mayores de edad de la dinastía el regente del reino que ha de funcionar durante la menor edad de su sucesor, y si no lo ha hecho así, la regencia pertenece al agnado más anciano, próximo al sucesor hereditario.» En la Constitucion española de 1837, art. 57, la regencia toca al padre ó madre, ó á la persona más próximamente autorizada para la sucesion del reino. La Constitucion portuguesa de 1826, § 92, indica para dicho puesto al pariente más próximo del rey y exige para la mayor edad de éste 25 años. En Prusia, § 56 y 57, desempeña el puesto de regente el agnado más próximo y capaz á quien subsidiariamente elijen las Cámaras.

(2) Segun la Constitucion belga, § 81, congregadas las Cámaras nombran al regente. Otro tanto acontece en Suecia, como puede verse en la Constitucion de 1809, art. 93, segun la cual los Estados del reino nombran uno ó más «tutores».

(3) Así se hace en Inglaterra y Holanda, Constitucion, § 36, y tambien en Francia. Acúdase al tratado de R. v. Mohl, *Derecho público de gentes y política*, I, p. 144, y á Pozl, art. Regencia, en el *Diccionario político aleman*.

c) Ausencia prolongada ó cautividad;

d) Grande violacion de los deberes de monarca, por ejemplo, tiranía, violento desprecio de la constitucion, evidente y pernicioso desgobierno;

e) Defectos privados que empañen el honor moral del príncipe reinante;

f) Indignidad en conducta y vida, que prive al rey de la estima pública y lo haga incapaz para continuar gobernando (1).

El reconocimiento particular de los tres motivos morales últimamente citados para la institucion de la regencia, indudablemente encuentra dificultades, tanto en la esfera de los principios como en la de la práctica, porque en los Estados simples no se tiene cuidado del aseguramiento del órden jurídico, como se hace en los Estados compuestos por medio de las supremas instituciones de la Constitucion del imperio ó la confederacion. Por esto, pues, tropiezase desde luego: 1.°, con dificultad de principios, porque el cuerpo llamado á juzgar en la materia, se eleva en cierto modo á juez sobre la persona del monarca, sin duda, sólo en manera negativa, puesto que éste no le ha conferido el gobierno del Estado (2); 2.°, con dificultades de hecho, porque, como es sabido, un príncipe malo no deja que le arrebaten el poder sin que anteceda lucha, apoyándose en lo que se intenta hacer para perseguir y destruir á los adversarios políticos que se declaren en favor de la regencia. Estas son las razones porque muchos publicistas (3) impugnan se de cabida en el derecho público moderno á la institucion dé la regencia, miéntras que la admiten en los otros tres casos ántes mencionados, que, por entrañar mayor manifestacion real y necesidad de decision moral, son más fáciles de esta-

---

(1) Klüber, en su obra *Derecho federal aleman*, § 24, nota *b*, trae una série de ejemplos de esta naturaleza, sacados de la historia de los Estados alemanes. En el antiguo Imperio aleman para entender en estos casos se establecía que primero se sujetasen á la decision del tribunal imperial de la córte y del reino y que despues pasasen al exámen de la Asamblea del reino. Mas apropósito nos parece en estas circunstancias la total remocion, así como la tutela cuando se trata de un rey moralmente incapaz.

(2) En la discusion del proyecto de Báden acerca de las leyes de la regencia se propuso que un jurado elegido por las Cámaras tomase una decision unánime que sirviese de base á la decision de aquéllas.

(3) Por ejemplo, Zacharía, *Derecho aleman público*, § 80.

blecer. En definitiva, si no hay medio legítimo para tomar en consideracion los últimos tres casos ni de oponerles algun reparo, entónces el Estado corre el mayor peligro de dar solucion revolucionaria á la cuestion. Por nuestra parte dejamos por ahora esta materia para volver despues á ella al tratar de la responsabilidad del monarca.

4. En los Estados republicanos es rara la necesidad de la regencia, por no darse en ellos el caso más comun que la justifica, la menor edad. Además, cuando se da un impedimento en el jefe del Estado, por regla general los asuntos del gobierno son administrados por el vicepresidente (1). Por el contrario, en este género de gobierno, como en el caso de la monarquía electiva, puede tener lugar el interregno *(interregnum)* cuando el presidente y el vicepresidente mueren y ha espirado el tiempo que debía durar su correspondiente cometido, sin que hubiese aún sído nombrado el sucesor.

(1) Nordamerikanische Verfassung, II, 1. Story III, 36, § 205.

CAPITULO VII.

V.—Pérdida de la Soberanía.

1. *Renuncia. Abdicacion.* Este elemento de la pérdida de la soberanía reposa en la libre voluntad del monarca, que renuncia á sus derechos al gobierno al par que se descarga de los correspondientes deberes. No sería natural la fuerza oficial que le obligase á reinar áun contra su voluntad, no sólo por la gran responsabilidad moral á que no pueden sustraerse las fuerzas del indivíduo, sino tambien porque semejante medida sería, al propio tiempo, perniciosa para el Estado, que no podría ayudarse de las funciones gubernativas arrancadas por la fuerza (1).

Ahora bien, tratándose de la monarquía hereditaria, la renuncia puede ser absoluta, de suerte que la sucesion al trono tenga lugar y se verifique como si el monarca hubiese muerto, ó no absoluta, esto es, únicamente en favor del sucesor á quien por derecho toca la corona, pero de modo que á la muerte de éste el príncipe renunciante sea de nuevo llamado al trono (2).

2. Al lado de la abdicacion expresa, encontramos tambien la tácita, la cual puede deducirse de las circunstancias, aunque la realizacion de este caso podría frecuentemente estar expuesta á duda y controversias. Podrá darse cuando el monarca abandona definitivamente el país que ha de gobernar, ó bien cuando se sustrae durablemente á todos

(1) Constitucion norte-americana, II, 1. *Story* III, 36, § 205.

(2) Encontramos una excepcion á lo que decimos en las pequeñas repúblicas cuyo gobierno semeja una administracion comunal, como en los cantones de los montes de Suiza.

los deberes y asuntos del gobierno. Esta teoría fué reconocida en la revolucion inglesa de 1688 por la parte más decididamente pronunciada en favor del sentimiento inglés, entónces existente en el Parlamento de aquella nacion. De idéntica manera podría interpretarse la enajenacion del territorio del Estado por parte del monarca prescindiendo para ello de la cuestion de validez ó nulidad del hecho.

3. Viene despues el caso de incapacidad absoluta para ser rey, conforme á la constitucion de la nacion, como, por ejemplo, en la Constitucion inglesa, la conversion del monarca á la religion católica, sobre cuya materia sólo diremos que muchas constituciones modernas se contentan, áun en estos casos, con ordenar la institucion de un regente del reino.

4. La destitucion al presente reconocida, áun en el seno mismo de las repúblicas, y usada frecuentemente, segun el derecho público de la Edad Media, en los pueblos monárquicamente regidos, hoy ya no es permitida por el derecho público de la monarquía moderna (1).

5. El destronamiento ya; *a*) por órden suprema de un conquistador ó por la supremacía de una nacion extranjera, ya; *b*) á consecuencia de una revolucion intestina que dé al traste con el monarca ó con la monarquía, ya; *c*) por la usurpacion hecha por un indivíduo que se apodere del poder político, es otra de las maneras en que, segun los numerosos ejemplos antiguos y modernos registrados por la historia, se pierde el poder supremo.

En todos estos casos solamente hablamos de la pérdida de hecho de la soberanía hasta entónces existente, pero no de vacante jurídicamente tal del trono; porque, si el monarca no renuncia á su derecho, es evidente el rompimiento entre aquél y las relaciones de hecho; así como frente á frente del rey *de jure* tendremos el rey ó el gobierno *de facto* no debiéndose olvidar que el rompimiento del derecho ideal y de la potestad real es siempre para el Estado, cuya existencia, digámoslo de paso, exige la union de ambos elementos, es un grave mal, así como la duracion de semejante Estado de cosas no puede en manera alguna tolerarse.

El soberano ilegítimo, en efecto, á medida que se vaya

(1) De esta materia hablarémos más detenidamente en el cap. IX.

extendiendo su poder, exigirá obediencia por parte de sus súbditos, y, puesto que la propiedad y ordenamiento jurídico no pueden existir en el Estado sin un gobierno de hecho, él naturalmente exigirá entrambas cosas. Ahora bien, el súbdito por sí sólo no puede emprender y originar una lucha contra el poder político dominante, y los restantes órganos del Estado por su parte, la policía, el ejército, la justicia deberán reprimir y castigar toda intentona de los individuos y clases aisladas del pueblo. Por otro lado, sin embargo, el soberano legítimo no tiene facultades para defender á los súbditos que le son fieles, y, por consiguiente, no puede exigir que se sacrifiquen en aras de sus pretensiones de derecho que no pudieron ser conservadas por su propia persona (1). Pero mucho ménos podremos pretender que el rey legítimo renuncie á sus pretensiones, careciendo el gobierno de hecho, así como tambien los súbditos, del necesario poder para obligarlo á ello.

Aquí nos encontramos con la gran influencia que en el campo del derecho público ejerce la posesion sobre la formacion del derecho.

El soberano destronado pierde, empero, su derecho por prescripcion, tan luego como se ve obligado por las circunstancias á desistir de la lucha en favor del restablecimiento de la soberanía, esto es, cuando, por una parte, ha cesado en su propio país toda resistencia de hecho y se pierden las esperanzas de renovarla, miéntras que por otra parte queda destruida en el exterior la posibilidad de exigir el restablecimiento por vía de negociaciones internacionales ó bélicas. El primer género de prescripcion tiene lugar cuando toda la nacion se ha sometido al nuevo soberano, y el último cuando las potencias extranjeras lo han por su parte reconocido y áun impedido que desde su territorio el monarca destronado renueve las violencias de la guerra (2).

---

(1) En el reinado de Enrique VII, 1494, vió la luz un acta del Parlamento inglés, en virtud de la cual se prohibia expresamente perseguir ó castigar por traicion ú otro delito, á quien prestase sus deberes de súbdito al rey de hecho. Este documento podrá encontrarse en la obra de Edgar Taylor intitulada *Book of Rights*, p. 136.

(2) V. lo que en el libro I, cap. 8 hemos dicho, y lo que sobre la misma materia se encuentra en el *Derecho público* de Zöpfl, II, p. 206. Este autor, y á nuestro juicio fundadamente, da gran valor al reconocimien-

6. El cargo de lugarteniente del reino, la regencia, termina cuando la razon por que fué establecida, como cuando muere el monarca menor de edad, ó el sucesor del trono sea capaz, ó cuando entre en los años de la mayoría, no debiendo olvidar que en caso de ser dudosa la exactitud de la causa que á de poner fin á la regencia, deberá guardarse en esta materia la misma forma que exige la constitucion para la institucion de dicho cargo (1).

---

to de las potencias extranjeras; pero, una vez que el nuevo soberano ha sido reconocido por las mismas, con lo cual, segun el derecho de gentes, ya es legítimo, el derecho que ya ha pasado á ser real, no puede convertirse en ilegítimo por la negacion posterior del último reconocimiento, como opina Zöpfl con respecto á Napoleon I. Esta negacion posterior puede revestir toda la importancia de destronamiento de derecho de gentes, lo cual significa nueva formacion jurídica, no retroceso á las primeras condiciones del monarca. No es posible que se haga la historia de los acontecimientos como sí éstos no hubiesen tenido lugar. La historia de Napoleon hace precisamente bien manifiesta la verdad de nuestro aserto.

(1) Zachariä, *Derecho federal aleman*, § 83.

CAPITULO VIII.

VI.—Derechos del jefe supremo del Estado.

A.—Derechos de majestad.

1. El monarca, como soberano, es al propio tiempo la personificacion de la alteza y dignidad del Estado. De aquí es que tiene el derecho de magestad que le compete miéntras que al príncipe falta el título de «Magestad»

Este título, segun el ceremonial político moderno, corresponde solamente á los emperadores y al rey, pero no á los otros príncipes, por más que tambien ellos sean soberanos señores de su país. El lenguaje político romano fué el primero que glorificó, digámoslo así, con este dictado á la dignidad imperial (1); de los Romanos pasó á la Monarquía francesa (2) y de ésta á la germano-latina (3). En los últimos años de la Edad Media, los mismos reyes daban este

(1) Así se hablaba á los emperadores, los cuales hablando de si mismos usaban la expresion «nostra majestas.» V. c. 17 6, de omni agro deserto: «sub canonis solutione, *quem notræ majestatis* auctoritas per annos singulos solvendum esse præscripsit.»

(2) Carlo-Magno se sirvió de este título cuando apénas acababa de ceñirse la corona imperial, y ántes que él, Teodorico el Grande como rey de Italia, habló de su «real magestad» (regia majestas) V. Pfeffinger: *Vitriarius Illustr.* I. IV, 9.

(3) Se equivoca, pues Droysen, cuando en su obra, *Guerras por la libertad*, I. p 23, opina que Cárlos V fué el primero que se hizo llamar majestad. A decir verdad este emperador era muy puntoso en materia de etiqueta y de aquí que en su córte pudo ser que estuviese muy en uso el tratamiento en cuestion; pero los primeros emperadores lo habían conservado y usado continuamente, como puede verse en la série de ejemplos reunidos en la obra citada de *Pfeffinger,* donde se aducen entre otras estas palabras escritas por Federico II en el año 1213: «præsens privilegium *majestatis nostræ* aurea bulla jussimus communiri.»

tratamiento al emperador, pero no lo recibían de la cancellería imperial (1).

Sólo desde la paz de Westfalia empezó el uso de honrar al rey con el tratamiento de majestad á causa del reino á cuyo frente está, y desde entónces tambien empezaron los príncipes electores á exigir semejante distincion (2).

Puede existir el título por sí sólo sin los derechos que le corresponden, en cuyo sentido pertenece al consorte de la persona real, y áun puede conservarse, como señal de supremo honor, al rey que haya renunciado el trono, aunque por ello haya dejado de ser soberano.

El derecho de majestad es independiente del sobredicho tratamiento, de donde la violacion contra el honor supremo del monarca se considera como delito particular, como «ultraje á la majestad» (*crímen læsæ majestatis*) siendo castigada con pena más grave que la reservada para el ultraje hecho al honor de otro indivíduo cualquiera (3).

El derecho republícano ha hecho desaparecer en los tiempos modernos semejante prerogativa y ni áun siquiera ha pretendido dar el título de majestad á los presidentes del gobierno, miéntras el antiguo derecho romano, por el contrario, hacía extensivo el derecho, cuando no el tratamiento, á los mismos magistrados (4).

---

(1) En las negociaciones de Ratisbona, la cancellería imperial protestó contra el hecho de haberse dado al rey de los Franceses el título de que hablamos, con las siguientes originales palabras: «Hielten sie davor, dasz das Wort «Dignitas» oder« Königliche Wurde» zu behalten; als weiln es also im römischen Reich herkommen und solches prädicat: Dignitas gebraucht würde, wenn auch nur ein Fürst des Reichs allein an einen König schriebe, und würde derowegen hierdurch eine Einführung und sonderlichen denen anwesenden Fürsten ein Präjudiz gemachet, so man niemals vorhero hätte thun, ja auch keines Königes Gesandten gestatten wollen, seinem König das Prädicat Magestät zu geben, weiln sonsten niemand anders als dem Römischen Kayser und dem Regi Romanorum solch Prädicatum Majestatis gegeben würde.» Entre tanto, ya entónces la mayoría había determinado en la Asamblea de los príncipes dar este título al rey de Francia y de España, pero los príncipes electores se sujetaron á la decision del emperador.

(2) Cuando el príncipe elector de Brandenburgo en 1688 en las credenciales de sus embajadores usó la fórmula: «con el sello de nuestra majestad electoral»el directorio de Maguncia se contentó con oponerse á ello; pero despues determinó reconocer á los nombrados. V. Pfeffinger en la obra ántes citada.

(3) Las leyes y jurisprudencia de los Romanos introdujeron este concepto con gran amplitud y rígida severidad en el derecho penal.

(4) *Lex Cornelia de Majestate:* «Prætor qui ex hac lege quæret, de

2. Tambien es atributo del monarca la inviolabilidad, debiendo su persona ser declarada como sagrada. Este concepto tambien debe su primer orígen al derecho romano. Para asegurar asímismo á los tribunos del pueblo, fueron éstos declarados sacrosantos, con cuya palabra se significaba que la vida y hacienda de quien osase ofenderlos serían sacrificadas á los dioses (1). Esta garantía pasó con el poder tribunicio á los emperadores romanos, é introduciendo el Cristianismo la idea de la consagracion, llegó á tomar cierto color eclesiástico.

Aún existen en los países católicos uno y otro concepto, pero en los protestantes se conserva tan sólo la inviolabilidad política, habiendo desaparecido la consagracion eclesiástica (2).

3. Al rey corresponden las insignias del reino, como símbolo visible de su majestad y potestad. Estas son: la corona, atributo de la majestad (3); la espada, signo de la fuerza que defiende lo justo y castiga la injusticia (4); el

---

eo quærito, qui intercessionem sustulerit, aut magistratui, quo minus munere suo funguntur, impedimento fuerit.»

(1) Véase *Livius*, III, 55: «Ipsis tribunis, ut sacrosancti viderentur (cujus rei prope jam memoriam aboleverat), relatis quibusdam ex magno intervallo ceremoniis, renovarunt; et quum religione *inviolatos* eos, tum lege etiam fecerunt, sanciendo: ut qui tribunis plebis, ædilibus, judicibus, decemviris nocuisset, ejus *caput Jovi sacrum* esset: familia ad ædem Cereris, Liberi, Liberæque venum iret.»

(2) La Constitucion de Baviera de 1818, II, § 1, dice: «Su persona es sagrada é inviolable;» la española de 1837. § 44: «La persona del rey es: sagrada é inviolable, y no tiene responsabilidad alguna;» y la Austriaca de 1849, § 14: «El emperador es sagrado, inviolable é irresponsable.» Por el contrario, en la Constitucion holandesa de 1848. § 53, leemos:» El rey es inviolable;» y en la Prusiana de 1850, § 43: «La persona del rey es inviolable.»

(3) El emperador romano-germánico reunía tres coronas, la alemana (de Aquisgran), la longobarda y la romana. La cruz del remate de las mismas significaba la cualidad del emperador como defensor y miembro de la Iglesia católica. Véase *Pfeffinger Vitriarius*, I, 8, § 2 y sig.

(4) Hé aquí la fórmula usada en la coronacion del emperador aleman: «Accipe gladium. Esto memor de quo Psalmista prophetavit, dicens: Accingere gladio tuo super femur tuum, Potentissime etc., ut in hoc vim æquitatis exerceas, per eundem molem iniquitatis potentissime destruas, sanctam dei Ecclesiam ejusque fideles propugnes atque protegas, neque minus sub fide falsos quam Christiani nominis hostes exteras atque dispergas, viduas atque pupillos clementer adjuves atque defendas, desolata restaurata conserves, ulciscaris injusta, conserves bene disposita; quatenus hoc agendo virtutum triunphator gloriosus, justitiæ cultor egregius, cum mundi Salvatore, cujus tipum geris, in nomine ejus sine fine regnare merearis, qui cum Patre et Spiritu Sancto vivit et regnat Deus, in secula seculorum. Amen.»

anillo, insignia de la dignidad real y de la fidelidad; y el cetro que significa la justicia, la sabiduría y la clemencia (1). A más de éstas que son comunes á todos los reyes, cada reino posee sus insignias particulares. Así, al emperador aleman le era presentado en el acto de la coronacion un globo de oro, como signo de su señorío sobre la tierra, y el águila de dos cabezas podía ser símbolo de los distintos elementos interiores que en el Imperio aleman se hallaban reunidos en un solo cuerpo, así como las lises eran los atributos de la monarquía francesa y los leones de la inglesa. Por último, hay casos en que los reyes escojen insignias particulares muy diversas.

El esplendor de la dignidad régia está representado por el *cortejo* del príncipe, homenaje debido al jefe supremo del Estado, segun el más perfecto ceremonial. Sobre el ordenamiento del cortejo ejerció gran influencia la disposicion francesa acerca de los cuatro empleos de la corte, imitados, durante la Edad Media, por todas las cortes de los príncipes, en tanto que el ceremonial, áun hoy dia, se determina en parte por medio de las formas é ideas, prestadas, digámoslo así, por el Imperio Bizantino; por lo cual, como en éste dominaba el principio de la monarquía absoluta y ejercían bajo muchos puntos de vista su influencia las ideas teocráticas propias del Oriente, tambien descubrimos en él cierta contradiccion con la naturaleza libre y humana del Estado moderno.

5. La dignidad de la monarquía supone y exige tambien esplendor y riqueza en la vida pública. Más modesto y ménos pretencioso es el carácter del gobierno republicano; pero tampoco es digno ni útil que los magistrados supremos se encuentren oprimidos por los cuidados que pesan sobre el que tiene que buscar su sustento y está obligado á arrastrar una vida tan miserable, debiendo estar en este punto por bajo de los ricos y áun de las personas acomoda-

(1) Fórmula: «Accipe regiæ dignitatis annulum et per hunc Chatolicæ fidei cognosce signaculum et hodie ordinaris caput et princeps regni et populi ita perseverabis autor et stabilitor Christianitatis et christianæ fidei fieri ut felix in opere cum Rege regum glorieris per ævum; cui est honor et gloria per infinita secula seculorum. Amen.»

(2) Fórmula: «Accipe virgam virtutis atque veritatis, qua intelligis mulcere pios et terrere reprobos, errantibus viam pandere, lapsisque manum porrigere, disperdasque superbos et releves humiles, diligas justitiam et odio habeas iniquitatem.»

dadas. Donde, como acontece en la monarquía, el honor externo de una nacion está contínuamente concentrado y colocado á la mayor claridad en un indivíduo y en una familia, la riqueza del monarca no puede ménos de ser considerada como una necesidad.

Esta riqueza debe tener tanta extension que el monarca no solamente pueda atender á los gastos necesarios á su mision política, sino que tambien quede en posicion de usar ámpliamente de dinero para fines benéficos y para promover en sus domínios el desarrollo de las ciencias, de las artes y de la industria, así como tambien para remunerar al talento. «El príncipe,» como decía Federico el Grande (1), «se asemeja en cierto modo al cielo, que diariamente vierte el rocío y la lluvia, y, sin embargo, siempre encuentra la tierra en él nuevos tesoros que agotar.» El lujo de los príncipes, cuando se mantiene en la justa medida y no traspasa con irregularidades, faltas de gusto é innoblezas los debidos límites, léjos de ser considerado como un mal, debe tenerse como un bien que redunda en favor de la nacion. La riqueza del rey no es como otra cualquier riqueza privada, sino que, como su misma persona, está dedicada ante todo á los intereses públicos, de donde su economía debe diferenciarse de la economía de las personas privadas, y nunca será digno de un rey entrar en determinadas especulaciones (2).

En el Imperio romano, el erario de la república fué una y otra vez agotado por la avidez del fisco imperial, y los bienes del Estado, como todos los derechos del mismo, fueron herencia exclusiva del emperador. En los Estados de la Edad Media, llamados romano-germánicos, los príncipes poseían grandes dominios y tenían sobre sus hombros los gastos comunes del gobierno, así como la administracion del derecho de sus bienes. En los tiempos moder-

(1) *Antimaquiavelismo*.

(2) Federico el Grande, monarca tan parco como todos saben, reconocía, sin embargo, con harta claridad la necesidad del lujo real cuando se trata de un Estado grande. Por esto, en el *Antimaquiavelismo*, recuerda á Fidias, cuya estátua de Minerva no agradó al pueblo por haber sido colocada en sitio inferior al ocupado por otra estátua vecina, pero que mereció la admiracion general y decisiva preferencia, cuando fué elevada á punto de vista superior, apareciendo tan exacta como bella. Tratándose del Estado no debe olvidarse tampoco «la óptica de las grandes relaciones.»

nos se han puesto en uso distinciones más exactas, y son:

a) Bienes propios del Estado, que no pertenecen únicamente al monarca, sino á todo el Estado, en los cuales se comprenden todas las rentas públicas, siendo destinados á cubrir todas las salidas y gastos públicos.

b) Bienes particularmente destinados á la economía régia, llamada lista civil, cuyas entradas corrientes quedan á la libre disposicion del monarca.

c) Bienes meramente privados del príncipe. En Inglaterra fué donde primeramente fué instituida la lista civil, gracias, en un principio, á actos particulares del Parlamento, pasando luego á ser institucion permanente (1), originariamente mezclada con las otras rentas acostumbradas y con las cargas de la corona, y en los tiempos modernos enteramente distinta de éstas. Los estatutos modernos monárquico-constitucionales han sido los que en nuestro siglo han realizado la separacion á que acabamos de aludir, y no hay que relegar al olvido que, merced á ellos, las rentas del real patrimonio se han hecho más independientes de la aprobacion de la representacion popular que ántes, cuando aún se hallaban confundidos los bienes del Estado y de la corona. Empero, por otra parte, como consecuencia de esta trasformacion, los mismos monarcas han reportado excelentes ventajas, ora por la mayor seguridad y regularidad de los pagos, ora por haberse librado de muchas cargas mudables y no raramente aumentadas de improviso, ora, en fin, por más clara comprension y órden en la economía, así como tambien por la acrecida influencia en la economía particular del Estado, por remocion de los peligros que ofrece toda córte derrochadora y por el aumento del público sufragio, tambien el pueblo ha sentido el influjo del nuevo órden de cosas que á la vez facilita la posiblidad de conformar la lista civil con las mudables exigencias de los tiempos (2).

Sin duda, la lista civil es inconciliable con el estado patrimonial, que, por el contrario, considera al mismo Esta-

---

(1) Esto tuvo por primera vez lugar despues de la gloriosa revolucion de 1689, al subir al trono Guillermo III y María. V. sobre la historia de la lista civil de Inglaterra, á Ersk-May, *Hist. de la Const. inglesa*, I, cap. IV.

(2) Obras de Sieyes, II, 203: «El sueldo oficial de 30 millones es contrario á la libertad, y segun mí opinion, muy antimonárquico.»

do como bien privado de la dinastía de los príncipes; mas no es inconciliable con un régimen monárquico enérgico y omnipotente, como lo reconoce el Estado moderno. La cabeza tambien recibe su alimento de los órganos del cuerpo, ¿por qué, pues, deberá ser poco conveniente al jefe del Estado, que, merced á su puesto, sirve á todo el cuerpo, recibir de éste provisiones y alimentos?

Ahora bien; la lista civil, de ordinario consiste en una renta anual fija, y además en el disfrute de los palacios, castillos, museos, joyas, etc., destinadas á la familia y córte real. En Inglaterra (1), la extension de la renta se fija por medio de una ley parlamentaria cada vez que sube al trono un soberano, extendiéndola á todo el tiempo que dure su gobierno, sistema aceptado en Francia en tiempo de la restauracion (2) y que pasó á las Constituciones de Bélgica, § 43; de Holanda, § 27, y de otros países. Dicha renta se establece en los Estados alemanes, ó por una determinacion constitucional fija ó por una ley dada de una vez para siempre, consistiendo en algunas ocasiones en rentas de los dominios particulares de la corona á este efecto destinados (3). La Constitucion española, § 49, por el contrario, la portuguesa, § 27, dejan á las Córtes la determinacion de la lista civil al subir al trono el nuevo monarca, y en Grecia, § 357, hallamos que á los diez años pueden introducirse innovaciones, así como lo hace anualmente el *Storthing* en Noruega, segun el § 75 de la respectiva Constititucion (4). En cada uno de estos casos no es conveniente á la dignidad de la corona el que el sostenimiento de la misma, sujeto á frecuentes deliberaciones de la Cámara, se convierta en blanco de las pasiones del Parlamento, de la envidia y de la imprudencia.

Cuando la lista civil es debidamente distinta de los res-

---

(1) Blackstone, *Comm.*, I, 8, 9.

(2) Const. de 1815, § 23, y de 1830, § 19.

(3) Ley constitucional de Baviera de 1834, y ley prusiana de 1820, Const., § 59. La idea vigente de los bienes del domanio de derecho privado, merced al actual desarrollo político, se ha hecho insostenible; pero bien merece estudiarse en la historia de la lista civil, que los príncipes de Alemania legaron al Estado ricos bienes del propio dominio, de donde pueden tener justas pretensiones á honrosas dotaciones. V. Zachariä, *Derecho público aleman*. Const. austriaca, § 36.

(4) En su Política, pág. 95, Dahlmann llama injustamente á esta disposicion «mal estado de la economía del reino, que ningun privado podría tolerar.»

tantes bienes del Estado, el sobrante de las entradas anuales de los bienes públicos sobre las salidas del erario no va á aumentar las rentas del monarca, miéntras que, por el contrario, el sobrante de éstas sobre las salidas aumenta los bienes privados del monarca si no vienen á impedirlo causas particulares. En Prusia, los bienes inmuebles que el rey deja al morir, van á parar de derecho á manos del Estado.

Los infantazgos de los príncipes y de sus respectivas familias deben ser más bien separados de la lista civil mejor que incluidos en ella; porque la posicion del monarca es única en el Estado, y por lo tanto, no se debe hacer que dependa del número y necesidades de los príncipes, miéntras que éstos, por otra parte, tienen derecho á la sustentacion, conforme á su condicion, en proporcion de los bienes de la familia real, que deben ser regulados más segun los principios del derecho privado que por los del derecho público, en tanto que el derecho del monarca es, por excelencia, de naturaleza política. Bajo esta relacion debe considerarse el honor de la dinastía y la dignidad del Estado; pero aquí no tienen sino importancia secundaria. El sistema de los infantazgos empezó á estar en voga en Europa, desde que el punto de vista político de la unidad de gobierno tuvo por consecuencia la indisivibilidad del territorio del Estado, coincidiendo con esto la trasmision de los bienes del dominio y de la corona al sucesor en la dignidad de príncipe. Por esta causa se hicieron desaparecer los primitivos derechos hereditarios, segun el derecho privado de los otros parientes del soberano, habiendose aquéllos debido contentar con recibir por la pérdida de su derecho hereditario, un infantazgo suficiente y libremente establecido por el príncipe reinante en proporcion de las fuerzas económicas de su patrimonio particular y de las necesidades de la vida de los agraciados (1). Estos infantazgos, segun el derecho público moderno, se fijan regularmente por medio de la ley.

(1) *Bula de Oro*, XXV, § 5: «Qui (el primogenito) tamen apud alios fratres et sorores clementem et pium exhibebit contínuo juxta datam a Deo gratiam et juxta suum beneplacitum et ipsius patrimonii facultates. La expresion *apanagium* (infantazgo) trae su origen del verbo apanare, esto es, panem et cibum porrigere. No debe confundirse esta palabra con la voz *paragium* ó mejor, *partagium* (V. *Du Cange*), el cual consistía en un infantazgo en derechos de soberanía y en inmuebles, apoyándose, por consiguiente, en la imperfecta comprension del principio de sucesion única al trono.

CAPITULO IX.

B. Derechos de majestad. Responsabilidad é irresponsabilidad.

1. La cuestion de la responsabilidad del jefe supremo del Estado ha sido considerada, segun los tiempos, de un modo muy distinto por los diferentes pueblos de la tierra. El derecho público romano, áun en plena república, prestaba homenaje al principio de la irresponsabilidad del supremo magistrado en proporcion de la esfera política de su jurisdiccion. Por el contrario los antiguos pueblos germanos tenían como muy natural el principio de la responsabilidad, sin excluir á su propio rey. En los tiempos modernos, los Estados monárquicamente gobernados, si exceptuamos la constitucion napoleónica, siguen el primero de los dos principios que acabamos de indicar, aunque en la práctica buscan los medios de limitar la no responsabilidad del rey por medio de la responsabilidad de sus ministros, sin la cual aquélla no podría existir. Los gobiernos republicanos se atienen, por el contrario, al último principio. Vamos pues á considerar más de cerca los conceptos fundamentales de esta materia para pasar inmediatamente al estudio de su desarrollo.

2. Los Romanos daban la preferencia y eran aficionados á la energía en materia de poder, de cuyos abusos, durante la república, procuraban defenderse por medio de la corta duracion de los cargos, por las frecuentes reelecciones y por medio de la division del Gobierno regido por dos ó más poseedores del mismo. Empero, como temían la paralizacion de la fuerza de tan alto cuerpo, y como, por otra parte, su elevacion y dignidad podía ser seguro blanco de las violaciones, si el respectivo funcionario, durante el período de sus funciones, era declarado responsable, parcíales

cosa antinatural que se sujetase al supremo magistrado á la jurisdiccion de otro igual á él ó quizás inferior. Por esta causa fué considerado como infraccion del derecho establecido el hecho de Tiberio Graco cuando por primera vez propuso y sostuvo en el tribunal de M. Octavio la destitucion de su colega (1), y áun Ciceron repetía á los cónsules la máxima: *nemini perento* (2). Sin embargo, por su modo de gobernar las provincias, podían los magistrados ser perseguidos por la justicia, pero sólo despues de espirado el período de su cometido. La no responsabilidad del emperador romano se hacía extensiva á sus oficiales, cuando no eran expresamente declarados responsables por el mismo (3). Con todo, el mismo emperador tenía el deber moral de atenerse al derecho vigente y á la ley (4), más al propio tiempo, para los casos excepcionales en que traspasase los justos límites, no existía medio alguno, ni jurídico ni político, para obligarlo á rendir cuentas de su conducta, por lo cual podía, con mucha razon, decirse que el emperador no estaba ligado por la ley (5).

3. Esencialmente diversa es la idea que encontramos en los tiempos medios de Alemania. Los intereses de la potestad gubernativa y su altura, no parecían á los pueblos germánicos de tanta importancia que por ellos hubiesen de sacrificar los miramientos debidos á la justicia (6), y, aunque

---

(1) *Investigaciones de Rubino*, I, p. 52.
(2) *De legibus*, III, 3.
(3) Tomo I, lib. VI, cap. 10, nota 9.
(4) Tácito; *Anales*, III, 26: «Præcipuus Servius Tullius sanctor legum fuit quis etiam reges obtemperarem.» c. 4, C. de Legib. Imp. *Theodosius* et *Valentinianus:* «Digna vox est majestate regnantis; legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas.»
(5) Ulpianus, D. 31, *D., de Legibus:* «Princeps legibus solutus est: Augusto auten non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quæ ipsi habent.» M. Antonius phil.: «Nemo nisi solus Deus iudex principiis esse potest.»
(6) Gregorio de Tours, III, 30, de los Godos: «Sumserunt Gothi hanc detestabilem consuetudinem ut si quis eis de regibus non placuisset, gladio eum adpeterent, et qui libuisset animo, hunc sibi statuerent regem.» No se olvide que el que habla es obispo romano que estaba, digámoslo ási, enamorado del concepto del derecho romano. El Lagmann Thorgny en la asamblea pública de Upsala, ante los embajadores de Noruega, hizo al rey de Suecia, Olof, que lo era por eleccion, la siguiente declaracion: «El rey que teneis presente no quiere que nadie se aventure á hablarle más que de lo que puede serle grato escuchar ó de lo que él mismo pregunta con gran premura. Deja, por su falta de cuidado, se

es verdad que tambien ellos, por regla general, permitían al juez supremo autoridad para juzgar sólo á las personas á su jurisdiccion sometidas, sin embargo, cuando éste infringía el derecho y la ley lo hacían responsable de su conducta ante su lugarteniente.

Fué creencia en la Edad Media que el emperador (1) tenía

---

le vayan de las manos los países que le son tributarios, y, sin embargo quiere extender sus dominios por Noruega, cosa que ninguno de sus antepasados ha deseado y, por lo tanto, más de uno tiene que vivir en completa alarma. Por esta razon, nosotros aldeanos queremos que tú, rey Olof, concluyas la paz con el rey de Noruega y que le des por mujer á tu hija Ingegarda. Si en compensacion quieres reconquistar los países orientales, poseidos en otro tiempo por tus abuelos y antepasados, entónces todos nosotros te seguiremos; pero si tú no quieres acceder á nuestras peticiones te asaltarémos y te matarémos sin que suframos por más tiempo tantas inquietudes y perturbaciones. Así lo hicieron nuestros mayores que precipitaron en una fuente situada en las cercanías de Mulathing á cinco reyes tan dominados por el orgullo como tú lo estás para con nosotros.» Consúltese á Wilda, *Derecho público de los Germanos*, p. 31. Pruebas más detalladas podrán encontrarse en la obra de C. Maurer, *Apuntes para la historia del derecho en los países del Norte*, I, p. 13. Leges Lamecenses en Portugal, año 1153, art. 22: «Y el procurador del rey, Lorenzo Venega, hizo esta pregunta: ¿quereis que el señor rey vaya á las Córtes del rey de Leon, y pague tributo á él ó algun otro, á más del que paga al señor Papa, que lo ha elegido rey? Y levantándose todos y desenvainando la espada exclamaron: somos libres, y libre es nuestro rey; nuestras manos hicieron libres á nosotros y al señor rey; si entre nosotros hay alguno que consienta en semejante cosa que muera, y si este es el rey, que deje de reinar sobre nosotros! Y el señor rey, corona en la cabeza y espada desnuda en mano, volviéndose á la asamblea, dijo: sabeis cuantas batallas he dado por vuestra libertad, sois testigos de ellas, testigo es este brazo y esta espada; quien tal consienta morirá, y si este es mi hijo ó mi sobrino, que no reine más. Y todos los estados digeron: Muy bien, muramos! y si el rey consiente la dominacion extranjera, que no reine! Y el rey respondió: así sea.» Schubert. *Cost.* II, p. 133. Al subir al trono la casa de Braganza en el año 1641 los tres estados de Portugal hicieron tambien esta declaracion: «Es de derecho natural y humano que, áun cuando los estados del reino han trasmitido á los reyes toda su autoridad y todo su poder, y han querido que reinasen sobre ellos, sin embargo, esto sólo ha tenido lugar con la tácita condicion de que ellos rigiesen y gobernasen con justicia y sin ningun género de tiranía. De donde se sigue que, cuando los súbditos han sido tiranizados por su soberano, existe tambien en ellos facultad para quitarles la corona.» Schubert, *Const*, II, p. 139. Juntas de Jerusalen c. 26: «Bien sachies *quil n'est mie seignor* de faire tort: car se il le faiseit done ni avereit il desous lui nul home qui droit deust faire ne dire, puisque le sire mayme ce fauce por faire tort.»

(1) Carta divisionis imperii a. 817. c. 10: «Si autem—evenerit, ut aliquis illorum propter cupiditatem rerum terrenarum, quæ est radix omnium malorum, aut divisor aut oppressor Eclesiarum aut pauperum extiterit, aut tyrannidem, in qua omnis crudelitas consistit, exercuerit, primo secundum Domini præceptum per fideles legatos semel bis et ter de sua emendatione commoneatur; ut si his renisus fuerit, arcessitus

la mision de juzgar tambien á los otros príncipes, por más que sólo la pusiese en práctica en el Imperio romano-germánico; porque los otros príncipes cristianos no reconocían en el emperador más que una soberanía eminente y nominal que en el estado de la realidad nada influía. Cuando en tiempos posteriores se retiró á la justicia imperial la libre facultad de destituir á los príncipes del imperio, y se sometió esta cuestion á la deliberacion del Reichstag, se convino, sin embargo, en que la sentencia del último no fuese valedera hasta que con su aprobacion la sancionase el emperador aleman (1).

De esta suerte, por más que el emperador derivase de Dios su poder no era nunca irresponsable. En casos de acusaciones comunes y ordinarias, que para nada se relacionaban con el señorío imperial, los príncipes eran juzgados por el Palatino del reino (2), quien á su vez podía ser de-

a fratre coram altero fratre paterno et fraterno amore moneatur et castigetur. Et si hanc salubrem admonitionem penitus spreverit, communi omnium sententia quid de illo agendum sit decernatur, ut quem salubris ammonitio a nefandis actibus revocare non potuit; *imperialis* potentia communisque omnium sententia coerceat.» Código sajon, III, 55, § 1: «Over der vorsten lif unde ir gesunt ne mut neman richtere sin, wan de Koning.» El decreto imperial de Federico II, de 1235, c. 24, dice: «Cuando la acusacion ataca al príncipe en su cuerpo, en su derecho, en su herencia ó en su vida, el emperador es quien tiene que juzgarle. Segun el Schwabenspiegel ó derecho de la casa de Suabia, cap. 106, cuando el emperador se ausentase al extranjero podía delegar en el palatino del reino la facultad de juzgar al príncipe en su nombre y haciendo sus veces, «den gewalt geben, daz er an siner stat richter si über der fürsten lip.» Por esta razon no es raro encontrar en la historia del imperio aleman ciertos casos en que el bando imperial aparece proclamado y concluido en nombre de ciertos príncipes.

(1) La capitular sobre eleccion de Cárlos VI, en 1711, art. XX, dice: «Debemos y queremos conservar en el bando y en las causas generales del mismo que, sin preceder motivos justificados y de pública utilidad, y sin haber ántes consultado la sabiduría, consejo y aprobacion de los electores, príncipes y estamentos del *Sacro imperio*, no se publique contra nadie acta alguna.» «Wann es dann (nach der gerichtlichen Verhandlung in Reichshofrath oder Kammergericht) zum Schlusz der Sachen kommt, so sollen die ergangene Acta auf öffentlichen Reichstag gebracht, durch gewisse hierzu absonderlich vereidigte Ständ aus allen drei Reichscollegien in gleicher Anzahl der Religionen examinirt und überlegt, deren Gutachten an gesambte Churfürsten, Fürsten und Stände referirt, von denen der endliche Schlusz gefaszt und das also verglichene Urtheil, nachdeme es von Uns und unserem Commissario gleichfalls approbirt, in Unserem Nahmen publicirt werden.»

(2) Sachsenspiegel, III, 52, § 3: «Klaget man over den richtere, he sal antwerden vor dem scultheiten, wen die scultheite is richter siner scult; als is die palenzgreve over den keyser, unde die burchgrve over den marcgreven.» V. I, 58.

puesto por una decision del imperio (1) propuesta y aprobada por los príncipes electores. Solamente en los últimos siglos, cuando los principios del derecho romano comenzaban á encontrar más favorable acogida,—y con este fenómeno coincidía la latitud que se empezaba á dar á la voz «soberanía»—fué cuando los juristas pudieron arriesgarse á afirmar que, si el emperador podía destituir á los príncipes, con igual derecho podían los príncipes deponer á la cabeza del imperio.

4. El derecho moderno exige que se distingan tres clases de responsabilidad ó irresponsabilidad en el monarca, á saber, civil, penal y política.

En el campo del derecho privado, el derecho romano, aunque proclamaba el absoluto poder del emperador, tuvo tambien mucho cuidado con sujetarle á responsabilidad en sus actos. El emperador *in persona* no podía ser citado á juicio ni requerido en calidad de deudor privado, mas siendo como era persona privada, y teniendo relaciones civiles por razon de sus bienes, de aquí era que su propiedad, como persona jurídica, como fisco, siempre hubo de ser igualada á las otras personas privadas. En este sentido siempre pudieron las personas privadas invocar la defensa de la justicia tanto contra el fisco como bien del Estado, como contra el bien privado del emperador á quien se juzgaba asistido de iguales derechos y deberes que el fisco (2).

---

(1) Derecho Sajon, III, 54, § 4: «De koning sol hebben vrenkisch recht svanne he gekoren is: von svelker bord he ok si, wanne alse de vranke sinen lif nicht verwerken ne mach, he ne werde in der hanthaften dat gevangen, oder ime ne si sin vrenkisch recht verdelt, also ne mach deme koninge neman an sin lif spreken, ime ne si dat rike vore mit ordelen verdelt.» Derecho de Suabia, c. 105, (Wackernagel): «Dem künige mac nieman an den lip gesprechen, im werde daz riche é widerteilet mit der fürsten urteile, über des küniges lip unde über sin ère mac nieman urteil sprechen wan die fürsten, unde krieget er mit iemande vmbe guot oder umbe anders iht daz des riches ist, da sullen über sprechen fürstens unde graven unde vrien unde des riches dienstmann.» *Pfeffinger*, I, 9, 4, aduce una declaracion de Ruthard, arzobispo de Maguncia, cuando se trataba de la deposicion de Enrique IV, la cual dice: «Quousque trepidamus, o socii? ¿Nonne officii nostri est, Regem consecrare? ¿Consecratum investire? Quod ergo principum decreto impendere licet, eorundem autoritate tollere non licet? ¿Quem meritum investimus, immeritum quare non divestiamus?» Bien conocida es la disposicion del rey Wenceslao.

(2) L. 6, § 1 *de jure fisci*, dice Ulpiano: «Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Cæsaris ratio et Augustæ habere solet.» Grandes eran los privilegios del fisco, pero tambien por otro lado declaró Modes-

El derecho público moderno no tiene motivo alguno para impedir más de lo que el derecho romano lo hace, las acusaciones civiles dirigidas contra la cabeza suprema del Estado. En una sóla cosa convienen ámbos firmemente, y es en que sería inconveniente y contrario á la dignidad real que el monarca se presentase personalmente como acusado ante el tribunal de un juez súbdito suyo. En lo demás, el derecho de la Edad Media se ha anticuado, gracias á la perfeccion de la soberanía. Segun nuestras ideas modernas, puede ser llevada á juicio la lista civil del príncipe ó su casa privada, como persona jurídica, sin que en esto intervenga género alguno de duda; así como por otro lado no se permite la acusacion privada contra la Caja del Estado, fisco en el sentido moderno (1).

En este sentido no cabe duda alguna que el derecho inglés debe mirarse como retrógrado comparado con el aleman, puesto que, si bien permite á los súbditos defenderse contra el rey en los litigios privados, esto se lo permite como gracia, no como derecho (2).

5. Las cosas varían de aspecto al tratarse de derecho penal. En este caso no tiene lugar la comedia de que el fisco ó la lista civil se presenten á rendir cuentas en vez del rey, ya porque ni el uno ni la otra son capaces de cometer

---

tino, lib. II *de jure fisci*: «Non puto delinquere eum qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit.»

(1) En Baviera se halla reconocido tan justo principio en las libertades provincioles de 1507. Rudhart, *Historia de los Estados provinciales*, II, p. 21. R. Mohl, *Derecho público de Wuttemberg*, I, p. 178. En el *Derecho provincial prusiano*, II, 13, § 17, se dice: «Los asuntos jurídicos que respectan á los derechos personales y familiares del soberano y su casa, deben decidirse de conformidad con los estatutos y pactos dinásticos, § 18. Los otros asuntos y negocios privados de la misma persona se juzgarán por las leyes del país.» El Código austriaco, § 20, dice: «Tambien aquellos asuntos jurídicos relativos á la cabeza suprema del Estado, que versan sobre la propiedad privada de la misma, ó sobre modos de adquirir, fundados en derecho privado, deben juzgarse por la autoridad judicial segun las leyes.»

(2) Blackstone, I, 7, § 1, dice: «Cuando alguno en asuntos relativos á la propiedad tiene pretensiones jurídicas contra el rey, debe presentar su queja ante el tribunal del canciller, de cuyos lábios obtiene la seguridad de ser escuchado, no en fuerza del derecho, sino por gracia.» Blackstone se funda en el pretendido derecho natural tal como lo explica Pufendorf, segun el cual, ningun súbdito podrá solicitar del soberano el pago de lo que le es debido, si bien no puede darse el caso de que un rey prudente rehuse el pago de deudas contraidas. La intrínseca contradiccion de esta máxima salta á los ojos de todos.

crímenes, ya porque la persecucion dirigida contra la cabeza suprema del Estado por resultas de algun crímen no podría tener lugar, tanto por la circunstancia de ser los jueces súbditos y no superiores del rey, como porque el honor de la corona y el interés del Estado no pueden tolerar el escándalo de un proceso criminal contra el monarca, fenómeno que perturbaría grandemente la pública tranquilidad. Si algun delito particular del rey no se toma en consideracion, se incurre ciertamente en un mal grave, pero al fin y al cabo un mal, que, comparado con los que traería al órden jurídico y á la paz del Estado la formacion del proceso criminal, desaparece casi por completo. En tales casos el derecho público monárquico moderno se atiene al principio de la irresponsabilidad (1).

6. La irresponsabilidad del monarca en asuntos gubernativos ha sido tambien universalmente elevada á principio indiscutible en el derecho público moderno (2), aunque bajo otra forma y sobre otro fundamento que en el antiguo Imperio romano.

Primeramente, aquel principio romano de que el monarca no esté obligado á la observancia de las leyes, se ha suprimido por completo, reconociéndose en su lugar por todas las monarquías modernas, en que el absolutismo no exista, el principio de que el monarca debe obedecer á la constitucion y á las leyes. En todo esto vemos al concepto germánico triunfar sobre el romano, que tan decidido se mostró por la soberanía absoluta, é imponerle sus ideas de que, hallándose el rey en la meta del órden jurídico, no puede ménos de hallarse á él sometido, y que fundándose la potestad real en el derecho, justo es que respete y obedezca al derecho (3). Todas estas obligaciones son reconocidas por el monarca solemnemente cuando, al jurar en su coronacion la constitucion, empeña públicamente su palabra de guar-

---

(1) Blackstone, *Com.*, I, 7, § 1.

(2) Véanse los lugares arriba citados, cap. 8, nota 9, en los cuales queda perfectamente determinada la irresponsabilidad del rey.

(3) Bracton, citado por Blackstone, *ob. cit.*, dice: «Rex debet esse sub lege quia lex facit regen.» «Nihil enim aliud potest rex, nisi id solum quod de jure potest.» Estatutos 12 y 13 de Guillermo III, cap. 2. Blackstone, I, 6.—Maximiliano de Baviera en las advertencias que dirige á su hijo citadas por Adlzreiter, III, p. 616, dice: «Nihil principi *libeat* nisi quod *licet*. Ipsius est perpetuo habere pro oculis non solum quantum sit commissum sed etiam quatenus permissum sit.»

darlas ante Dios y ante los hombres (1). Todo esto hace que cuando ménos haya un medio jurídico de obligar al rey á la observancia del derecho existente, demostrándose así lo saludable y necesario de una institucion que, mediante promesa séria logró vivificar y reforzar el sentimiento del deber en la conciencia humana.

7. Los publicistas ingleses, para hacer compatible la irresponsabilidad del rey con la obligacion del mismo de observar la Constitucion, leyes y usos del reino, han acudido á la ficcion de que «el rey no puede obrar mal». La teoría política inglesa encuentra tan propia en el rey la «perfeccion», como la Iglesia Católica la infalibilidad en el Papa; es decir, que se imagina existente en un rey de carne y hueso la per-

---

(1) Tambien este juramento cuyo objeto es igualar en la esencia la simple y ménos solemne palabra del príncipe pasó de la vida pública de la Edad Media á la moderna. El juramento antiguo usado en la coronacion de Eduardo IV de Inglaterra, dice: «Ceo est le serement que le roy jurre á soun coronement: que il gardera et maintenera lez droitz et lez franchisez de seynt esglise—et quil gardera toutez sez terrez, honoures et dignites droiturelx et franks del coron du roialme d'Éngleterre en tout maner dentierte sanz null maner damenusement—et quil grauntera a tenure lez leyes et coustumez du roialme et a soun poiar lez face garder et affirmer que lez gentez du peoble avont faitez et estiez, et les malveys leyz et coustumes de tout oustera.» Hé aquí otro nuevo juramento citado por Blakstone: «¿Quereis prometer y jurar solemnemente que gobernaréis el pueblo de este reino de Inglaterra y los señores que á él pertenecen, segun las leyes y estatutos fijados por el Parlamento, y segun las leyes y prácticas del reino? Yo prometo solemnemente hacer todo eso.» La fórmula que en tiempos posteriores se usó para el juramento de los emperadores germánicos decía así: «¿Vis sanctam fidem catholicam et apostolicam tenere et operibus justis servare? ¿Vis sanctis eclesiis eclesiarumque ministris fidelis esse tutor et defensor? ¿Vis regnum tibi a Deo commissum, secundum justitiam prædecessorum tuorum regere et efficaciter defendere? ¿Vis jura regni et imperii, bona ejusdem injuste dispersa recuperare et conservare et fideliter in usus regni et imperii dispensare? ¿Vis pauperum et divitum, viduarum et orphanorum apertus esse judex et pius defensor? ¿Vis sanctissimo in Christo patri ac domino, Romano pontifici et sanctæ eclesiæ debitam fidem reverenter exhibere?» El emperador respondía á todas estas preguntas: «Volo,» jurando al concluir: Omnia promissa in quantum divino fultus fuero adjutorio fideliter adimplebo, sic me Deus adjuvet et Sancta Evangelía.» La Constitucion Bávara, X, § 1. dice: «Al entrar el rey en el gobierno proferirá este juramento: «Juro gobernar segun la Constitucion y leyes del reino, como Dios me ayude y el Santo Evangelio:» La Constitucion Holandesa, § 53; la Belga § 80; la Griega, § 36; la Austriaca, § 13, dicen;» El emperador jurará la Constitucion al recibir la corona.» La Constitucion Prusiana, dice, § 54: «El rey prestará en presencia de las Cámaras su voto jurado de conservar la Constitucion del reino firme é inviolablemente, y de reinar en armonía con ella y con las leyes.»

feccion ideal de la institucion monárquica, llevando en esta materia su rigor el Parlamento inglés hasta mandar fuesen encerrados en la torre de Lóndres algunos de sus miembros que osaron censurar los discursos y acciones del rey (1).

Tales ideas son más bien ideocráticas que monárquicas, sin que necesitemos decir ni una palabra para demostrar su falsedad, prestándonos por otro lado la historia y el conocimiento de la naturaleza humana su apoyo para hacernos ver la poca confianza que deben merecernos ideas tan extrañas. El derecho público no puede recabar del sano sentido comun aquello que es absurdo, ni asegurar en el aire instituciones duraderas. El rey dejará de poder hacer el mal cuando le sea imposible tratar cosa alguna. Si el rey no es rey, sino un simple símbolo ideal sin voluntad, del que se sirven los otros para hacer cuanto fuere de su antojo en nombre del rey; si aniquilado el poder individual del monarca, es á éste preciso sofocar los sentimientos de su corazon y las ideas de su mente; si despojándole de toda autoridad humana y de toda demostracion de voluntad, se le niega cuidar del bien de su pueblo, entónces claro está que el rey será inocente de todos los abusos y faltas que se cometan. Mas esta manera de proceder sería tanto como destruir aquel principio monárquico «Gobierno individual», cuya aplicacion inmediata es la esencia de la forma política monárquica (2). El verdadero principio es: «El rey no debe hacer mal alguno.» El de los Ingleses: «El rey no puede hacer ningun mal» no puede ser más falso y dañoso, ni más indigno así de un pueblo como del monarca que lo rije.

8. Los verdaderos fundamentos de la irresponsabilidad del monarca no pueden presentarse en defensa de la infalibilidad del mismo sino por dos solos motivos; primero, porque en el órden del Estado moderno no existe tribunal ninguno superior al monarca, y segundo, porque la seguridad y el honor del Estado sufrirían perturbaciones más peligro-

(1) Blackstone, *Comm.* 1, 7 § 1 y 2 va todavía más allá: «El rey no sólo es incapaz de obrar mal sino aún de pensar mal.» Esta teoría no ha prevalecido en Inglaterra hasta los últimos siglos. El antiguo «Mirror of Justices» habla bien claro «de los males que hace el rey.»

(2) Stahl, *principio monárquico*, p. 9, dice: «La elevacion que en este sentido se concede al rey es como la altura que se da á la veleta de un campanario, de la cual nadie se preocupa.»

sas á causa de entablarse contra el rey un proceso, que por cualquier hecho injusto y políticamente dañoso, llevado á cabo por el monarca. Si existiese un elevado tribunal internacional que, puesto sobre cada uno de los Estados tuviese ámplias facultades para defender los principios de la justicia aún en las más altas regiones del poder humano, sin temores de que el Estado se precipite en la anarquía y en violentas luchas de partido, podría perfectamente suprimirse, sin peligro ni daño de ninguna especie, el principio de la irresponsabilidad, como parece aconteció simbólicamente en el Imperio romano-germánico de la Edad Media; verificándose así un gran progreso en el desarrollo jurídico humano, que á su vez constituye el mayor refuerzo para el poder individual de la monarquía; porque á la naturaleza misma de toda responsabilidad es inherente el trabajar á un tiempo por la supresion de los abusos nacidos de las fuerzas personales, y por el fomento del desarrollo libre é independiente de las mismas. El rey irresponsable de Inglaterra se deja regir siempre por la mayoría de la representacion popular reunida en el Parlamento, de entre la cual saca siempre el ministerio. El presidente responsable de la América del Norte elige el ministerio conforme le parece, sin ningun género de consideracion á la Cámara de los representantes, y en Francia hemos visto al presidente de la república atreverse á determinar por sí y ante sí cosas tales que el rey más irresponsable no se atrevería á otro tanto (1).

La irresponsabilidad del monarca no es pues una necesidad ideal del principio monárquico, puesto que delante de Dios y de la historia universal no hay irresponsabilidad (2) que valga, ni en el rey, ni en los pueblos, ni en los

---

(1) Nadie más decidido que Luis Napoleon contra el principio de la irresponsabilidad, como se vió en el encabezamiento que puso á su proclama de 16 de Enero de 1852: «Ecrire en tête d'une charte que ce chef est irresponsable, c'est mentir au sentiment publique, c'est vouloir établir une fiction qui s'est trois fois évanouie au bruit des révolutions.» Se debe, sin embargo, advertir que el principio opuesto no ha adquirido todavía en Francia forma orgánica.

(2) Ni aún los más poderosos de la tierra se libran de la caricatura de la responsabilidad histórica, ni de la censura arrogante unas veces, y poco ingeniosa las más, de la opinion del día, descrita tan incomparablemente por Shakespeare con las palabras que pone en boca de Enrique V. (Acto IV, Escena 1.)

Estados; sino más bien un mal menor que la responsabilidad, y preferible á ella por lo sumamente defectuoso del Estado internacional de nuestros días, en los que apénas podría organizarse rectamente y practicarse con buen criterio la responsabilidad. Por otra parte, es imposible que la irresponsabilidad sea ni un momento absoluta, puesto que la tiranía justifica evidentemente la resistencia, y en las revoluciones siempre brilla la justicia de la historia de los pueblos.

9. El derecho público moderno, obrando con un criterio enteramente opuesto al del derecho romano, frente al principio de la irresponsabilidad del rey ha puesto el de la responsabilidad ministerial y de los consejeros reales.

Un rey constitucional puede verificar las operaciones gubernativas de hecho, ó al ménos esta es la regla general, sólo con la cooperacion de un ministro, el cual á su vez queda reconocido responsable de la constitucionalidad y legitimidad de los actos del gobierno, consiguiéndose con esto, aunque indirectamente, alejar al rey de toda falta, puesto que será difícil encontrar un ministro de conciencia tan ancha y despreocupada que no le arredre la responsabilidad de las faltas en que incurriese el rey. De hecho es éste un feliz descubrimiento, al cual se han tributado merecidos elogios precisamente en los mismos instantes en que el antiguo principio germánico de la responsabilidad del rey iba quedando eclipsado por el creciente esplendor con que hoy se rodea la idea de la monarquía. Gracias á su aplicacion tenemos en el día una importante garantía, distinta, segun los casos, de que el poder real no se trasladará en adelante sin cortapisas á los decretos del rey. En casos y circunstancias ordinarias no puede ménos de ocurrirse á la memoria la idea de la responsabilidad del ministerio, lo cual debe reprimir no poco al príncipe y á los partidos de la córte en sus pretensiones y tentativas contra el derecho, así como debe estimular al ministro á que mire por la conservacion de las relaciones existentes. La fuerza moral de semejante principio da por esto lugar á grandísimas aplicaciones, y siempre deja lugar á pensar que por interés mismo de los ministros no pueden ménos de ser raros y muy difíciles los casos de verdadera responsabilidad. Por otra parte, sin embargo, es imposible negar que la limitacion indirecta del poder del monarca no evita

en todos los casos los abusos, especialmente cuando el rey obra todavía sin ministro responsable, y sus actos son reconocidos (1), ó más todavía cuando, merced á esa misma limitacion, la influencia del ministro sube tanto de punto áun con relacion al rey, que fácilmente, como ha acontecido en determinados paises, el punto de gravedad del gobierno pasa de la corona al ministerio (2).

10. En las repúblicas modernas está generalmente reconocido el principio de que «la cabeza y los miembros de gobierno son responsables.»

Estos pueden ser llamados personalmente á juicio por los jueces ordinarios en asuntos civiles, y en asuntos criminales se sujetarán á la manera regular y ordinaria de proceder de la nacion. Si como personas privadas contrajesen deudas ó cometiesen faltas, serán considerados iguales á los otros ciudadanos; la dignidad de la corona no los ampara. Si la responsabilidad fuese por razon de la misma posicion oficial, ó por los deberes oficiales que le son anejos, merece ser tratada por especiales procedimientos en todas aquellas repúblicas en que no se hallen confundidas las relaciones naturales. La razon de esto es, porque si tambien en tales casos obrasen los jueces ordinarios, la justicia obtendría inevitablemente la preponderancia sobre el gobierno, y el órden público no podría ménos de alterarse. Los jueces ordinarios son, pues, poco aptos para hacer justicia contra unas personas que exigen se les guarde todo género de consideraciones y miramientos políticos (3).

Por todas estas razones ordena la Constitucion suiza que los gobiernos sean todos declarados responsables por su

---

(1) Los actos de la Convencion francesa acerca de la responsabilidad ó irresponsabilidad del monarca, posteriores á los sucesos del 10 de Agosto de 1793, cuando se hubo demostrado la coligacion del rey con las naciones extranjeras para sofocar la revolucion, merecen examinarse con detencion. Las decisiones tomadas en tan críticas circunstancias revistieron caractéres de ruda violencia como no podía ménos de suceder, dada la gran efervescencia de las pasiones populares, quedando derrotados á un tiempo el rey y la dignidad real. El Elector Maximiliano I de Baviera, expone perfectamente en sus avisos el modo con que la responsabilidad cubre á un tiempo al ministro y al príncipe: «Ex ministrorum delictis publicum dedecus et culpæ nomem ad principem redit, qui si prohibere possit, ne delinquant, delicta quæ non arcet probare immo aliquando jubere creditur.»

(2) V. tomo I, lib. VI, cap. 16, pág. 493, y además lib, IV, cap. 5 y 6.

(3) V. ibid, lib. IV, cap. 6.

administracion ante el Gran Consejo federal (1), y cuantos de algun modo tuviesen mando ante el Supremo Poder legislativo. En la América del Norte, el presidente y los otros oficiales superiores responderán de su conducta ante el Senado, despues que fueren acusados por la Cámara popular (2).

---

(1) Por ejemplo la const. de Zurich que en el § 14 dice: Para juzgar los casos de violacion de la constitucion, de las leyes, ó de los deberes oficiales que pudiesen en lo sucesivo ocurrir, el Gran Consejo solicitará permiso del consejo gubernativo para nombrar un tribunal supremo, ó si no, delatará los miembros que delinquieren al Gran Consejo.» *Const. feder*. de 1848, § 74, 14.

(2) *Const. feder*. I, 3: «El Senado únicamente debe poseer la facultad de juzgar á los acusados políticos.» II. 4, dice: «El presidente, el vice-presidente y todos los oficiales civiles de los Estados-Unidos comparecerán ante el Senado, privados de sus cargos, para ser juzgados en delitos de lesa-majestad, cohecho, y otras grandes faltas y crímenes.—V. en la historia el cap. III, 10, § 102 y siguientes.—V. la Const. francesa de 1848. § 68, donde se dice: «El presidente de la república, los ministros, los agentes y guardas de la autoridad son responsables de los actos y administracion del gobierno.» El § 91 donde dice: «Habrá un tribunal supremo que, sin apelacion, y sin lugar al recurso de casacion, decidirá lo que convenga acerca del presidente de la república ó de los ministros acusados por la Asamblea nacional.»—En el § 92 dice: «El Tribunal Supremo de Justicia se compondrá de 5 jueces y 36 jurados.»

CAPITULO X.

C. Derechos del Gobierno.—Representacion exterior.

1. Fuera de un país, por lo general, se considera al jefe de él como el representante de su honra, de sus derechos y de su poderío, todo lo cual se explica perfectamente con la frase *poder representativo* del jefe del Estado. El derecho público monárquico y republicano de los tiempos modernos están en esto de acuerdo con respecto á los puntos capitales, existiendo la única diferencia de que el poder del regente se considera en aquél más perfecto que en el segundo (1).

La primera atencion del jefe del Estado es regularizar lo que pudiera llamarse comercio oficial de unos Estados con otros, esto es, extender las credenciales á los embajadores que son enviados cerca de las naciones extranjeras, así como recibir y reconocer á los que vienen á la suya. Para lo primero, no cabe duda que el rey constitucional necesita de la cooperacion del ministro, así por lo que respecta al nombramiento de los embajadores, como por lo que hace á las instrucciones que se les han de dar. Esto, sin embargo, no quiere decir que la confianza personal del monarca en los embajadores sea superflua, cuando éstos poseen la de los ministros, ni tampoco que el rey se haya de ver imposibilitado de tener correspondencia directa con los embajadores. A veces, en la monarquía constitucional, hay que

(1) Blackstone, I, 7, 1; Constitucion francesa de 1814, § 11; española de 1837, § 41; portuguesa de 1826. § 75, 6-8; holandesa, § 55; belga, § 63; prusiana, § 18, de la América del Norte, II, 2, 2; Const. feder. de Suiza, § 90, 8; francesa de 1848, § 53, 60; de 1852, § 6; Const. feder. de Alemania del Norte, § 11.

atenerse al principio de que no debe impedirse al monarca examinar por sí y ante sí, con toda libertad, sin necesidad de que los ministros se enteren ni le ayuden, las condiciones de las relaciones extranjeras, é informarse sobre las mismas, puesto que sólo debe intervenir la aprobacion de los ministros cuando el rey intentare realizar actos políticos. Las negociaciones con cualquier potencia extranjera no pueden ser seguidas ni terminadas sin la intervencion del ministro; pero en cambio, puede el monarca determinar directa y áun exclusivamente las relaciones del Estado con las Córtes extranjeras.

2. Entre los derechos del rey se cuentan el de declarar la guerra y hacer las paces. Ambos á dos son, tanto en la forma como en el contenido, operaciones de la política nacional, cuya suprema direccion y concentracion reside en el regente. Una parte ó fraccion del ejército puede, sin permiso del jefe supremo, hostilizar á los enemigos; mas no dar principio á la guerra (1); deponer las armas, pero nunca firmar por sí misma la paz. Dejar que las Cámaras tomen una parte directa en estas deliberaciones, sería trasferir al cuerpo legislativo las atribuciones propias del gobierno, y equivaldría, al ménos en nuestra vieja Europa, á exponer los supremos intereses del Estado á gravísimos peligros. La discusion en las Cámaras rara vez reportaría utilidades á la pátria, y casi siempre aumentaría los bríos y armas del enemigo. Donde quiera que se trate de asuntos perentorios, habrá necesidad de considerar y examinar

---

(1) Pomponio en el libro 118 de *Verb. Signif.*, dice: «hostes sun quibus bellum publice populus romanus decrevit; cæteri latrunculi vet prœdones appellantur.»—Hugo Grotius «de jure belli ac pacis», III, 3! Blackstone, 1, 7, 3; Constitucion francesa de 1815, § 14; de 1852, § 6; holandesa, § 56, dice: «El rey declara la guerra, y da de ello *conocimiento directo* á las dos Cámaras»; belga. § 68; española de 1837, § 47, 4: prusiana, § 48. Es digna de mencionarse la disposicion de la Constitucion sueca, § 13, que dice: «Si el rey quisiera dar principio á la guerr y firmar las paces, convocará á consejo extraordinario de Estadoa compuesto de los ministros, de los consejeros del Estado, cancilleres de la córte y secretarios generales, les expondrá los motivos y circunstancias que hicieren al caso, y les pedirá su parecer sobre el asunto. Cada uno escribirá su dictámen en el protocolo, bajo la responsabilidad que marca el art. 107. Despues de esto, el rey tendrá plenos poderes para abrazar y seguir aquella decision que le pareciere ceder más en pró de la nacion.» La Constitucion del Imperio aleman, § 11, dice: «Para la declaracion de guerra en nombre del imperio se necesita la aprobacion del Consejo federal.»

con todo sigilo y tranquilidad las razones que militan en pró y en contra de cada uno de los pareceres que se pueden seguir, para abrazar, por fin, con unánime sentimiento y rápida ejecucion el camino que mejor pareciere; cosas todas dificilísimas de realizar en las Cámaras donde bullen tantos intereses y partidos encontrados.

Sin duda que este poder del monarca es grandísimo, y que los medios indirectos al alcance de las Cámaras, con que tal vez pudieran desterrarse las perjudiciales consecuencias de guerras, muchas veces temerarias é injustas, rara vez aprovechan. Con que los ministros sean acusados y condenados no se suple el inmenso vacío que dejan en las guerras las muchas vidas humanas sacrificadas, ni los grandes trastornos y pérdidas sufridas por los intereses materiales; una vez comprometido en la continuacion de la guerra el honor y bienestar de un pueblo, es imposible moralmente decretar en las Córtes la negacion de subsidios para el ejército, y si, á pesar de todo, se elevase en las Cámaras á ley la tal prohicion, en frente de las tropas enemigas es imposible cumplir semejantes órdenes, que, por lo tanto, son nulas. A pesar de todo, la influencia indirecta del derecho moderador existente á favor de las Cámaras, no debe juzgarse punto de poca monta, puesto que siempre hará que el gobierno no proceda irreflexivamente y que los ministros impriman á sus actos la oportunidad, á veces tan deseada, de facilitar con su retirada á la política el necesario descanso.

Concluir una guerra no es solamente firmar la paz, sino tambien echar los fundamentos para un nuevo órden de cosas duradero y estable; para lo cual habrá que traducir en hechos todas las cláusulas contenidas en la celebracion de la paz dentro de los límites que se fijen, y de aquí la necesidad, por consiguiente, del pacto político.

El derecho público republicano, teniendo escrúpulos de entregar al gobierno poderes tan ámplios, ha determinado, como en los Estados-Unidos de la América del Norte, dejar en manos del Congreso la facultad de declarar la guerra, y en manos del presidente, apoyado en la aprobacion del Senado, la de pactar las condiciones de la paz. Los fundadores de esta manera de pensar consideraron que, si la guerra es peligrosa para las constituciones republicanas, no lo es la paz; y que si es conveniente poner obstáculos á las

declaraciones de guerra, no lo es ménos facilitar la conclusion de la paz (1). Segun la Constitucion federal suiza (§ 74, 6-Const. 1871, § 85, 6), tan sólo la Asamblea federal es llamada á «declarar la guerra y á concluir la paz» (2).

3. Resulta, pues, que el jefe supremo del Estado tiene el derecho de contraer válidamente alianzas y tratados políticos con los Estados extranjeros (3). En la monarquía, donde el referido derecho es reconocido y practicado en grande escala, está siempre vigente la limitacion general; á saber, que las decisiones de aquellos tratados que pertenecen al poder legislativo de un país, no podrán adoptarse sino por el mismo poder legislativo, si es que han de obligar á los ciudadanos: además de este caso general, hay constituciones, que, al concretarse, prescriben modificaciones especiales (4).

---

(1) Constitucion, I, 8 y II, 2.—Story, III, 21, § 164 y sig.
(2) V. Constitucion francesa de 1848, § 53 y 54.
(3) V. sobre esto lo dicho en el lib. II, cap. 12; Blackstone, I, 7, 2.
(4) Arriba, lib. II, cap. 7.—La Constitucion sueca, § 12.

CAPITULO XI.

D.—Derechos gubernativos.—Potestad interna.

1.—Poder para conferir empleos.—2. Idem con respecto á los honores.—3. Administracion política.

El poder gubernativo no es una simple aglomeracion de poderes particulares, sino un centro enriquecido por el poder político, que, como la luz que difunde por doquiera sus rayos, se extiende en diversas direcciones hasta llegar á ejercer su influencia en las esferas correspondientes á los poderes particulares. La monarquía reconcentra en un solo indivíduo esta unidad y plenitud del poder. Al monarca toca una parte en la legislacion; por lo cual, á más de la iniciativa, á él pertenece exclusivamente la sancion, por la cual imprime á la ley el sello de la validez política, así que cuando como regente publíca las leyes ya sancionadas, hace en sí mismo visible la armonía y unidad del organismo del Estado. Concede ó niega la sancion como jefe del cuerpo legislativo y la publicacion (promulgacion) es por él ejercida, como poseedor del poder gubernativo, á fin de cuidar de la ejecucion y reconocimiento de la ley (1). En el sistema republicano que, como acontece en la América del Norte, convierte la sancion de la ley en simple veto limitado, ó, segun las leyes de Suiza, priva al gobierno de dicha atribucion, dejándole únicamente la iniciativa, tambien pertenece al mismo la promulgacion (2).

Por otra parte, el poder del regente en el interior no es en manera alguna solamente simple poder ejecutivo (3), sino

(1) Véase lo que hemos dicho más arriba, en el lib. II, cap. 9.
(2) Consúltese el pasaje de la nota anterior y además la Constitucion federal de Suiza § 90, 4, 5.
(3) Tomo I, lib. VII, cap. 7

que, por el contrario, es poder independientemente ordenador, imperativo, defensivo, solícito y administrativo. Los intereses de la prosperidad pública y la administracion de justicia están principalmente confiados á él y á su direccion, segun las exigencias de las vicisitudes de la vida, siendo igualmente cierto que si la ley únicamente marca ciertas límites, dentro de los cuales debe moverse la activa y real potestad del gobierno, así como tambien indica los principales extremos que en sus decisiones y ordenanzas deben ser siempre respetados: estas últimas deben ser establecidas, con plena libertad y segun las circunstancias por el regente.

Aquí debe notarse en particular:

1.—Poder para conferir empleos.

La monarquía es la fuente de todos los otros empleos del Estado, de modo que todos los oficiales públicos deben al monarca el puesto que ocupan, estando, por consiguiente, sujetos á su dependencia. Este principio, que ha llegado á ser la firme base de la unidad del organismo del Estado, sólo ha sido plenamente reconocido en la monarquía moderna (1), lo cual quiere asimismo decir que todo poder oficial se deriva gradualmente de lo alto.

Tambien el monarca constitucional ejerce gran influencia personal en los negocios públicos. Cuanto más elevado es el puesto en cuestion y más se aproxima al monarca, tanto más valor adquiere decididamente la voluntad real sobre él. Así, pues, el monarca nombra y separa con plena libertad á los ministros, de los cuales há menester para que sean sus ayudas y órganos. No hay duda que ningun monarca que de sabio se precie echará mano para tan alto puesto del que primero se le presente, ni seguirá al esco-

(1) Repásese lo dicho en el tomo I, lib. VI, cap. 16. Montesquieu, *Esprit des lois*, II, 4. Blackstone I, 7, 4. Constitucion española de 1826 § 75, 3. Idem austriaca de 1849, § 10: «El emperador nombra y separa á los ministros, pone los oficiales en todos los ramos del servicio del Estado, y confiere títulos de nobleza, de órdenes y de distinciones.» Constitucion prusiana, § 47: «El rey da todos los grados del ejército así como los puestos de todos los restantes ramos del servicio, siempre que las leyes no dispongan otra cosa.» La Constitucion belga limita aún más que esta última la influencia del rey.

gerlos los impulsos de su capricho, ni hará la eleccion guiado por simpatías ó antipatías meramente personales, sino que, por el contrario, en tan interesantes circunstancias habrá de ponderar sobre todo el público interés y tener en alta estima la armonía que debe unirle con las cámaras, aunque no está ligado por deber alguno jurídico á hacer la eleccion ú obligar á la dimision segun los votos de la mayoría de los individuos de aquéllas. Puede muy bien la política determinarlo á escojer ó conservar tan sólo á aquellos ministros que hayan sabido conquistarse la confianza de la Cámara presente ó futura, porque la desconfianza terminante y contínua en esta materia debilita la autoridad del gobierno y paraliza su poder; pero, sin embargo, la eleccion del monarca es libre (1). Ni tampoco es cosa necesaria la aprobacion del ministerio existente para la validez del nombramiento del que le ha de suceder, sino que en caso de temer algun descontento podrá el monarca hacer que al pié del nombramiento vaya el refrendo del nuevo ministro. Por consiguiente en estas circunstancias no hay quecohibir su libertad, ya que el nuevo derecho constitucional del Estado tan sólo pone empeño en que una persona sea la que responda de este acto del gobierno.

Para conferir todos los demás cargos políticos el rey está obligado á invocar la cooperacion del ministerio, no ciertamente en el sentido de que el soberano tenga simplemente que prestar atencion á la propuesta y aprobarla de seguida, sino en el sentido de que no se le niegue la iniciativa y que él mismo proponga las personas que le parezcan más aptas rechazando los candidatos presentados por el ministerio. El acertado ejercicio de esta importante atribucion del poder del monarca es lo mismo que encontrar primero y llamar despues á los hombres más á propósito para el desempeño de los empleos, y por ésto fué siempre propiedad de los más célebres príncipes; de suerte que con mucha dificultad podría otro asegurar satisfaccion más cumplida é influencia más duradera en la esfera del bien público.

Así tambien se halla organizada en los Estados-Unidos la facultad que el presidente tiene de hacer nombramientos, debiéndose tan sólo advertir que para conferir algunos

(1) Véase el tomo I, lib. VI, cap. 6 y lo que hemos de decir en este tomo lib. IV, cap. 1.

puestos determinados se halla aquél particularmente obligado á oir al consejo y esperar la aprobacion del Senado, miéntras que el Congreso, por su parte, puede encargar la eleccion de los empleados inferiores á sólo el presidente ó al tribunal de justicia ó al jefe del departamento (1). Más limitado es el derecho de eleccion de indivíduos para ocupar los puestos vacantes en Suiza, puesto que gran número de aquéllos son nombrados, ó por el cuerpo representativo ó por eleccion popular. De este sistema se deduce una importante consecuencia, y es que la armonía de los órganos gubernativos fácilmente se destruye por la influencia de partidos opuestos, aconteciendo tambien, y no pocas veces, que la fuerza del gobierno sea paralizada por la oposicion de los empleados, de quien éste debe servirse para hacer efectivas sus decisiones.

2.—Poder para conferir honores.

La dignidad y los honores políticos, como la nobleza, las órdenes, las preeminencias, los títulos y otras distinciones semejantes, son, por regla general, conferidas por el jefe supremo del Estado (2). Hermosa prerogativa es ésta en virtud de la cual el rey busca, promueve y honra ante el mundo el mérito personal. El príncipe que sabe ejercer tan grave cometido, da gran impulso á la fuerza moral de su país, la avalora y hace que influya en la prosperidad pública, al par que imita á la divina justicia, remuneradora de la virtud. Seguramente el abuso, hecho con frecuencia en los dos últimos siglos de este derecho, las necias costum-

(1) Constitucion federal de la América del Norte, II, 3: «El nombra y constituye, con el consejo y aprobacion del Senado, á los embajadores, á los otros ministros y cónsules del Estado, á los jueces del tribunal supremo y á todos los demás empleados de los Estados-Unidos, cuyo nombramiento no esté determinado en esta Constitucion ó por la ley. El Congreso, puede, sin embargo, acordar, por medio de una ley, el nombramiento de los oficiales inferiores como mejor le plazca, ó como parezca al presidente solo ó á los tribunales de justicia, ó á los gobernadores de los departamentos.» Constitucion francesa de 1848, § 64: El presidente nombra y separa libremente á los ministros, á los empleados superiores del consejo ministerial y á los inferiores, á propuesta del ministro competente.» Véase tambien el § 65.

(2) Blackstone, I, 7, 4; Constitucion Inglesa de Russel, cap. 34; Constitucion de Suecia, § 37; holandesa, § 63, 64; portuguesa, § 75, 10; prusiana, § 50.

bres y las preocupaciones, cuyo orígen todavía no se ha borrado de la memoria, son causas tan poderosas, áun en las esferas superiores de la sociedad, que todo parece conducirnos á la mayor desconfianza acerca del recto ejercicio de tan noble prerogativa, por lo cual creemos que en nuestro siglo se hace necesaria la purificacion y nueva informacion, no la destruccion de semejantes derechos. Si estas reformas no pudieran extenderse á las distinciones meramente cortesanas, entónces las órdenes de mérito, propiamente tales, deberán distinguirse de aquéllas, deberán sujetarse á condiciones severísimas, y deberán gozar de derechos considerables, si es que se pretende que su existencia posea la eficacia debida (1).

en oposicion con la mera administracion. La administracion tiene que habérselas con lo pequeño y con lo particular, el

3.—Direccion política.

La expresion francesa *gouvernement politique* abarca todos los poderes y deberes que caracterizan la suprema direccion política del Estado, áun interiormente considerado,

---

(1) Bien comprendió esto Napoleon al formar su *Legion de honor*, siendo ciertamente un testimonio notable del firmísimo concepto que la inspiró el hecho de que esta institucion se haya mantenido en la Constitucion republicana de 1848, § 108, á pesar del hastío nuevamente excitado hácia la nobleza. No hay duda que en el supuesto del texto se abre nuevo campo y se dan nuevos alicientes á la vanidad humana; pero miéntras ésta no se arranque del fondo de nuestro corazon, no podremos hacer cosa alguna sin que la propension que nos ocupa ejerza su influencia áun en las acciones buenas y provechosas, creyendo, por nuestra parte, que es más útil señalar una meta meritoria, que negar, por exajerado rigorismo, la pompa del honor, sólo por temor de que pueda adherirse á nuestras acciones algun poco de vanidad. Cuando Napoleon estaba en Santa Elena (*Las Cases*, Memor, V, p. 39), se expresaba así acerca de las órdenes: «Las naciones envejecidas y corrompidas no pueden ser gobernadas como los pueblos virtuosos (?) de la antigüedad. Por uno que en nuestros dias lo sacrifique todo por el bien público, existen millares y millones que no conocen más que sus intereses, sus goces, sus placeres privados. Todo el que trabaja debe saber tratar bien la tela que trae entre manos; este es precisamente el secreto de la nueva vida de la forma monárquica, es decir, el retroceso á los títulos, á las cruces, á las órdenes. En el grado de civilizacion á que hemos llegado en nuestros tiempos hay que excitar al respeto á la multitud y al propio tiempo debemos recomendar al honor la propia estima.» Exceptuados los Chinos, difícilmente hay un pueblo más amigo de títulos que el pueblo aleman, y, sin embargo, los representantes del mismo quisieron abolir en Francfort, año 1848, todo título que no estuviese anejo á los empleos. Tan grandes son los saltos que dan los pueblos de un extremo á otro opuesto.

gobierno político con lo grande y con el todo. Esto indica la direccion que en su marcha debe llevar la administracion pública, que principalmente se deja determinar por las ideas políticas, teniendo por blanco intereses del mismo género. Además, segun las circunstancias, el poder que nos ocupa, da, por medio de la iniciativa, impulso á toda suerte de operaciones propias de la legislacion ó administracion, y algunas veces pone trabas á fin de que la última no entre por vías torcidas ó funestas. Esta es precisamente la razon por que áun en el seno del ministerio hay que distinguir dos clases de ministros: ministros principalmente políticos, y ministros de bufete. En aquéllos prepondera, segun parece, y es decisiva la importancia política, en éstos el tecnicismo de los negocios. La política domina, la administracion trabaja. Como en el gobierno de una fábrica, la especulacion de los que la dirigen determina cuál es la tela cruda que debe trabajarse, cuál debe ser su refinamiento y á qué fines se ha de destinar, miéntras que los técnicos ordenan y llevan á cabo el trabajo que particularmente les ha sido encomendado; así el gobierno político determina lo que ha de hacerse y el fin á que debe destinarse la correspondiente accion, miéntras que la administracion cuida en particular de la ejecucion de lo determinado.

No queda á la administracion campo alguno independiente del gobierno político. Cuando el interés del Estado lo exija, entónces éste podrá ingerirse en todas parte donde aquél sea violado, y regularlo, asimismo, donde se trate de reducirlo á esfera más reducida. Pero como contrapeso de todo esto tambien la administracion tiene sus derechos particulares, que no deben ser despreciados por el gobierno político, no sólo cuando el ordenamiento técnico de los asuntos rechaza toda ingerencia arbitraria y toda especie de desórden por parte del gobierno político, sino tambien en las circunstancias en que éste tenga que respetar las medidas adoptadas por la administracion. No debemos, pues, concebir al gobierno político como una potestad absoluta y arbitraria, porque tambien él está determinado y limitado por la constitucion y por las leyes (1).

---

(1) Admirables son las consideraciones que sobre esta materia hace Vivien en su obra *Etudes administratives*, Paris 1859 (3.ª edicion), 1, págs. 30 y sig.

CAPITULO XII.

4. Poder militar. 5. Poder de policía.

1. Poder militar.

El monarca es el jefe de la constitucion militar del país, así que, tanto las fuerzas terrestes como las marítimas están colocadas bajo su autoridad suprema; él es quien levanta levas, quien recluta soldados, nombra los oficiales, al ménos los superiores, confiere el mando, hace construir caminos militares y plazas fuertes, y cuida, en fin, del material de guerra (1).

En la Edad Media, los mismos estados podían tener sus tropas particulares; pero la unidad del Estado moderno ya no permite semejante desmembramiento de la fuerza militar, que conduciría seguramente á la guerra civil. La unidad del mando es indispensable no sólo para la fuerza sino para los fines á que responden los ejércitos.

Cuestion es que aún se agita vivamente la que trata de determinar si el ejército debe jurar obediencia y fidelidad solamente al rey ó si tambien ha de hacerlo con respecto á la Constitucion; y, como desde luego se echa de ver, tal cuestion es de importancia en el caso en que exista conflicto entre el rey y la constitucion y quiera aquél aprovechar la fuerza del ejército para disposiciones que contradigan ó parezcan contradecir las órdenes de la constitucion; pero cualquiera que imparcialmente estudie esta materia debe reconocer que el juramento constitucional, cuando significa

---

(1) Blackstone, I 7 2; Constitucion de Suecia. § 14; de Holanda, § 58; de Bélgica, § 68; de Prusia, § 46, 47; del Imperio aleman, § 64: «Todas las tropas alemanas están obligadas á cumplir, sin restriccion de ningun género, las órdenes del emperador.»

que el ejército no debe poner su brazo á disposicion de ningun acto anti-constitucional, hace por ende más dificultoso el que el príncipe pueda cometer alguna violencia contra las leyes fundamentales del país (1), miéntras que, debe asímismo reconocerse que todo juramento doble, y toda doble obligacion fácilmente acarrean disensiones á la conciencia del ejército, socava la disciplina y puede irritar al ejército en masa en las luchas internas de los partidos, empujándole á la disolucion y al suicidio. Por esta razon es dañoso, porque contradice á la naturaleza y á los destinos de la institucion hacer que el ejército sea un cuerpo deliberativo (2) que tenga que examinar la conformidad ó no conformidad que guarden con la constitucion cada una de las órdenes que puedan dársele, y sólo esté obligado á obedecer en caso afirmativo, siendo todavía doblemente perjudicial semejante pretension en tiempos como los que atravesamos, cuando tan ámplio campo se abre á la crítica y al sofisma. La obediencia militar y la personal fidelidad para con el jefe supremo es y permanecerá siempre siendo ley general, aún en aquellos países en que se prescribe el juramento á la constitucion; de modo que, únicamente en las extremas y verdaderas necesidades de abuso evidentísimo y tiránico del poder militar por parte del príncipe, podrá justificarse la negacion á la obediencia por parte del ejército. Empero, si el espíritu del ejército es en general íntegro y fácil de impresionarse en grande escala en favor del derecho y de la libertad, entónces el abuso de que tratamos no podrá tan á la ligera ser posible áun en los países en que el

(1) Que el juramento de la Constitucion pueda determinar los corazones leales de los soldados á negar la debida obediencia es hoy un hecho confirmado por irrefragable testimonio. Oigamos sino lo que nos cuenta de su juventud el emperador Napoleon (*Las Cases*, V, 168): «Las ideas del día van extendiéndose aquí y acullá áun entre los oficiales del ejército, particularmente á partir desde aquel famoso juramento hecho en favor de la nacion, de la ley y del rey. Si en aquellas circunstancias hubiese yo recibido órden de apuntar con mis cañones al pueblo, no hubiera dudado, si la costumbre, las preocupaciones, la edueacion, el nombre del rey hubieran podido determinarme á obedecer; pero una vez prestado el juramento nacional, todo hubiera cambiado, y yo no hubiera mirado más que á la nacion.»

(2) Por esto la Constitucion republicana de Francia de 1848, § 104 reconoce el siguiente principio: «La fuerza pública está esencialmente obligada á la obediencia. Ningun cuerpo armado puede detenerse en deliberaciones.» Digna es tambien de ser consultada la Constitucion de Portugal, § 115.

soldado solamente jura al príncipe, no á la constitucion; así como, cuando las tropas del reino profesan gran respeto y rinden todo el honor de que son capaces á su jefe, el juramento de la constitucion difícilmente podrá decidirlas á oponer resistencia á las órdenes que de aquél emanen, áun cuando el monarca juzgue necesario infringir las leyes juradas. El juramento al rey defendió tan poco á Jacobo II de Inglaterra contra el abandono en que le dejaran sus tropas, como el juramento á la constitucion de Francia ántes de la caida, defendió al Directorio de la fuerza del emperador Napoleon. En consecuencia, en esta materia, el espíritu, no la forma, es el que ha de decidir la cuestion.

De todas estas consideraciones se deduce, que, en casos de duda, el juramento de la constitucion del ejército debe explicarse en este sentido, á saber: que los soldados juran, segun su natural destino, defender sobre todo la constitucion, al par que el ordenamiento jurídico y la libertad, que por su parte nunca violarán; pero no en el sentido que la obediencia debida á su jefe, base de la constitucion militar, padezca detrimento á causa de las discusiones y deliberaciones políticas acerca de la constitucionalidad, permítase la expresion, de cada uno de los mandatos, legitimándose por estas vías las disensiones del ejército. El ministro ó el general que manda es quien tiene sobre sus hombros la responsabilidad de lo que ordena, no el oficial ó el soldado que obedece. Sólo cuando una constitucion determinada haya expresamente dado á dicho juramento otra y más intrincada significacion y haya declarado menor el peligro de la inobediencia que el que se sigue del abuso del poder militar, sólo en este caso, decimos, podrá justificarse otra interpretacion (1).

(1) La Constitucion de Suecia contiene en el § 30 la siguiente institucion, que es harto singular: «Todas las decisiones y órdenes que respectan al mando militar y que provengan del rey, para ser válidas, deben llevar el refrendamiento del portador, el cual es responsable de la conformidad de aquéllas con el protocolo á este fin destinado. Si el portador juzgase en alguna ocasion que la decision real contradice á la forma del gobierno establecido, debe hacerlo así presente al Consejo de Estado, y si el rey persistiese, sin embargo, en que fuese expedida semejante decision, entónces el portador tendrá derecho y deber de negarse á refrendar el documento, y en consecuencia á presentar su dimision, puesto que nunca debe apartarse de la conducta ya aprobada y examinada por los Estados del reino. Mas no por esto perderá nada de las entradas que le correspondan, ni dejará de cobrar su sueldo.»

Bueno es bajo este punto de vista que el monarca no sólo formal sino personalmente esté al frente del ejército, porque en esta materia todo depende ciertamente de la individualidad. Federico II dijo: «Todo príncipe grande debe gobernar por sí mismo sus tropas. Su ejército es su residencia, su interés, su deber, su gloria, todo, en una palabra, le deterna á que así lo haga» (1). Conformándose con este principio, obraba como rey. Empero, si el príncipe no posee talento alguno militar, hará muy mal si personalmente hace de general en jefe, puesto que de esta suerte se hallará siempre expuesta á desgracias irreparables no sólo su persona sino tambien su ejército y la nacion entera.

Signo característico de las repúblicas modernas es la desconfianza para con el poder gubernativo, pues no pueden aquéllas librarse de la inquietud que las domina cuando piensan que el magistrado, que libremente manda al ejército, pueda quizás ayudarse de su autoridad militar para arrogarse el poder del monarca y erigirse en soberano del Estado. Esto se aplica principalmente á las repúblicas representadas por un presidente. Por esto en la América del Norte el mismo Congreso se ha reservado no sólo la organizacion militar sino tambien el derecho de rehacer las milicias y reprimir las insurrecciones, perteneciendo únicamente al presidente el mando supremo sobre el escaso ejército permanente y la flota de la Confederacion, confiándosele solamente la milicia de cada uno de los Estados, cuando son convocadas las tropas por órden del Congreso (2). Cierto es que en Francia podía el presidente ejercer su mando sobre la fuerza armada del pais, pero recuérdese que no le era dado ejercer en persona el mando supremo (3). El Consejo federal de Suiza puede tan sólo, en caso de no estar reunida la Asamblea de la Confederacion, hacer tomar las armas á

(1) En el *Antimaquiavelo*, 12, y mucho más en la obra del mismo Maquiavelo titulada *El Príncipe*, 14, encontramos estas palabras: «Un príncipe no debe tener ningun otro fin, ningun otro pensamiento, no debe ocuparse con otra cosa, más que con la guerra y con el arte de la guerra.» El príncipe es, ante todo, regente y hombre de Estado, y sólo en segundo término, general en jefe, por lo cual creemos más importante y conforme con la verdad lo que Veleyo Patérculo (*Hist.*, 1) decía en alabanza de Escipion el Africano: «Semper aut belli aut pacis servit artibus, semper inter arma ac studia versatus aut corpus periculis aut animum disciplinis exercuit.»

(2) Const., I, 8, II, 2.

(3) Constitucion de 1848, § 50, y además la de 1875.

las tropas, y áun en estos casos, si éstas deben estar ocupadas por largo tiempo, ó si su número se eleva á más de 2.000 hombres, está obligado á convocar la Asamblea federal y cumplimentar las órdenes por ella dadas (1).

5.—Poder de policía.

No solamente la policía general del Estado es ejercida en nombre y bajo la suprema direccion del rey, sino que éste puede y debe obrar personalmente, segun las circunstancias, en este campo de las funciones políticas. Sin embargo, la ingerencia personal sólo excepcionalmente puede tener lugar, ya para salvar de grandes y extremos peligros la seguridad del Estado, ya porque el auxilio personal sirva para inspeccionar las funciones ordinarias de los órganos de la policía, á fin de que esten aprestados y prontos, ya para infundir miedo contra los abusos y arbitrariedades. Por regla general, las cuotidianas necesidades con sus infinitas pretensiones, han menester de cuidados incesantes sobre los empleados y autoridades particulares, por lo cual habremos de tratar en el libro siguiente del principio y organismo de la policía.

---

(1) Constitucion federal de 1848, § 90, 11, § 74, 9; y la de 1874, § 102, 11.

CAPITULO XIII.

6.—Poder judicial.

En los tiempos antiguos y en la Edad Media, el rey en persona era el juez supremo; en Alemania, el rey presidía y dirigía el tribunal de los príncipes, y en cualquier parte del imperio en que se encontrase podía ocupar el asiento del juez, debiendo ceder en su presencia cualquier otra autoridad judicial (1).

Muy diferentemente van en este respecto las cosas desde el siglo anterior, en el Estado moderno. Toda funcion judicial, propiamente tal, ha sido sustraida, no sólo á la funcion personal, sino tambien á la influencia del rey, pasando á los jueces, los cuales, por otra parte, derivan de aquél su oficio y administran justicia en nombre del mismo, aunque obran independientemente y no segun su juicio ó sus órdenes. El principio del derecho público moderno: «Toda autoridad dimana del rey (2), en nuestros días tiene significado muy di-

(1) El Código sajon. III, 26, § 1, dice testualmente: «Die koning is gemene richtere over» al III. 52. § 2: «Den koning küset man to reihtere over egen, unde len unde over jewelkes mannes lif. Die keiser mach aver in allen landen nicht sin, unde al ungerichte nicht richten to aller tiet, dar umme liet he den vorsten grafscap unde den greven scultheitdum.» III. 60 § 2: «In svelke stat des rikes de koning kumt binnen deme rike: dar is ime ledich monte (Münze) unde toln (Zoll) unde dat gerichte.» Parécenos probabe que este principio de la Edad Media ha de resucitar más ó ménos tarde en lo porvenir. Si debe el emperador defender la paz universal y echar por tierra la injusticia áun de los más poderosos, no hay duda que tambien debe presidir el tribunal. A pesar de este nuestro augurio, debemos confesar que nuestros tiempos no están todavía maduros para la adopcion de semejante medida.

(2) Blakstone, I, 7, 3; Constitucion francesa de 1815 § 57, y de 1852. § 7; idem de Baviera, VIII, § 1. Esto no ha sido aceptado por las Cons-

verso y más limitado que en épocas anteriores, pero no por esto ha de creerse, como opinan muchos, que carece de todo sentido; pues está en contradiccion con el concepto de la monarquía el que exista en el Estado algun poder oficial no subordinado al soberano. Es cierto que ha desaparecido la dependencia material de los jueces en la administracion de justicia, y no hay duda que así debía suceder, porque en esta materia las normas ya en derecho establecidas, son las que ligan y guían á los jueces, y la influencia ó la participacion del monarca ántes que para otra cosa, serviría más bien para perturbar que para mantener la falta de prevencion é imparcialidad de los jueces. Es tan grande y tan deslumbradora su potestad, que, sin duda alguna, la justicia debe, con justos motivos, temer quedar ofuscada y desconcertada ante su vista. Pero la derivacion de todo poder judicial del jefe supremo del Estado y la formal subordinacion de los jueces con respecto al mismo, continúa aún siendo reconocida por la monarquía constitucional (1).

En particular, el poder de la justicia del monarca se observa visiblemente en las siguientes instituciones:

a) En el derecho de dictar órdenes generales y reglamentarias dentro de los límites de la constitucion y de la ley, á las cuales, áun por los mismos jueces, debe prestarse obediencia;

b) En el derecho de nombrar los jueces y conferirles el poder correspondiente á su oficio. La posicion de los árbitros, asesores y jurados es diversa de la de los jueces, puesto que aquéllos no ejercen ninguna autoridad oficial, sino que en cada uno de los casos buscan, digámoslo así, é indican el derecho, de donde, á más de no ser necesario, no es tampoco útil para la natural y despreocupada administracion de justicia que estos últimos sean nombrados por el poder político;

c) En la forma de la sentencia jurídica, que se publica y ejecuta «en nombre del rey,» se patentiza la idea de que la justicia del Estado está defendida por el monarca (2);

---

tituciones prusiana y austriaca de 1849. Esta última dice en el § 100: «Toda jurisdiccion emana del Imperio.»

(1) La Constitucion de Suecia, 1809, § 17, 21, deja al rey en persona esencial participacion en el Tribunal Supremo.

(2) Constitucion prusiana, § 68: «El poder judicial se ejerce, en nombre del rey, por jueces independientes y no sujetos á ninguna otra au-

d) En el derecho de inspeccion sobre los jueces, sobre el curso de las causas, sobre la administracion del ordenamiento, sobre los protocolos, sobre los actos y sobre la administracion de lo que pertenece al Ministerio de justicia y á sus órganos, en lo cual se incluye tambien el poder de publicar relaciones estadísticas acerca de la actividad propia de los negocios;

e) En el derecho de dar órdenes sobre la persecucion judicial contra los delitos, la cual, en los casos en que está interesada la seguridad y la política del Estado, no puede, sin perjuicio, ser completamente sustraida á la influencia del gobierno. El excesivo celo de los procuradores del Estado, en cuya cabeza no encuentran lugar las miras políticas, puede en estos casos ser tan perjudial como todo procedimiento laxo y tímido, pudiéndose encontrar el correctivo de ambos defectos exclusivamente en la influencia de la supremacía del poder político, que libremente recorre con su mirada todas y cada una de las relaciones;

f) En el derecho de abolir cualquier inquisicion jurídico-penal (*jus aboliendi*) (1), estando siempre en el interés de la justicia el límite de este derecho;

g) En el derecho de mitigar las penas y en el derecho de gracia (2). En efecto, es prerogativa de la monarquía el que en ella encuentre lugar el derecho de conceder gracia, siendo esta fuente de la nobleza de ánimo confiada á un hombre para que se armonice, hasta donde sea dado, la rigidez de la ley con las múltiples y variables necesidades de la vida y se mitigue el irreparable rigor del derecho (3). No puede el rey conminar pena alguna, si no que ésta es impuesta, segun las leyes, en nombre suyo, por el juez. Empero el rey puede

---

toridad, que no sea la ley. Las sentencias emanan y son ejecutadas en nombre del rey.» Bentham propone se mude la fórmula *par le roi* en esta otra *par la justice*. Pero, ¿por qué motivo la justicia no ha de presentarse personificada en el rey?

(1) Constitucion prusiana, § 49: «El rey puede abolir las pesquisas ya empezadas apoyándose en una ley especial.» Por el contrario, la constitucion de Baviera VIII, § 4, se expresa así: «No puede el rey en caso alguno impedir un proceso pendiente ó una inquisicion ya empezada.»

(2) Blackstone IV, 31, 2; constitucion de Suecia, § 23; de Holanda, § 66; de Baviera, III, § 4; de Bélgica, § 73; de España, § 47, 3; de Prusia, § 49; de Francia, año 1852, § 8.

(3) Shakspeare en el Mercader de Venecia, IV, 1.

acordar la remision de la pena impuesta, y si alguna vez ejerce la gracia de indulto, no cediendo al relajamiento sino al sábio valor, entónces el favor otorgado no viene á disolver sino á reforzar el ordenamiento del derecho (1). Mas, por otra parte, el ejercicio de este mismo derecho es un acto con efectos jurídicos, y por esto en la monarquía constitucional es necesaria la firma del ministro;

h) En el derecho de aprobacion de las sentencias de muerte, las cuales no pueden ser ejecutadas sin el consentimiento personal del monarca (2), como irrefutable garantía en favor de la vida de los ciudadanos;

i) En la disposicion y mando para la ejecucion de las sentencias penales;

k) En el derecho de acoger las querellas acerca de la administracion de justicia negada ó diferida, y de emanar órdenes de solicitacion (promotoriales y los llamados *mandata de administranda justitia*, y para remover los obstáculos que se oponen á la administracion de la misma;

l) En el derecho de acordar moratorias (*induciæ moratoriæ*), las cuales pueden ser lesion perjudicial al derecho privado, pero, sin embargo, son necesarias en casos raros

---

(1) Martin Lutero nos dice en sus discursos: «Un príncipe debe usar de la gracia y del derecho; puesto que, cuando la gracia es frecuente y el príncipe no se irrita, entónces precisamente es cuando no solamente la córte, sino tambien toda la nacion se presenta llena de los más perversos malhechores, decae todo gobierno y se eclipsa toda gloria. Por el contrario, donde el rigor y el castigo son frecuentes, nace la tiranía, y las zozobras y temores de cada dia no dejarán respirar á los súbditos. Los paganos, decian: «la estrechez de derecho es la mayor injusticia» así como hablando de la gracia podría decirse: «Frecuente gracia es la mayor de las desgracias.» Así mismo el padre de familia no puede cometer acto más indigno del nombre que le dan sus hijos que cuando escasea los palos y deja á su prole que obre segun los propios antojos; porque con este nécio amor, propio de mentecatos, va con sus propios esfuerzos arrastrando á sus hijos hasta las manos del verdugo.» Así mismo el elector Maximiliano I, en su obra *Monita ad filium*, segun refiere Alzreitter en el escrito *Boicæ gentis*, *Annales*, III, p. 616 se expresa así: «Si benignitate ac clementia dominatum temperaveris, tibi erunt candida et læta omnia. Firmissimum atque facillimum imperium quo obedientes delectantur: delectantur autem et non tam timent Principem quam timent pro Principe, quando eum advertunt afflictis parcere, vindictæ lenitatem admiscere non dominationem et servos sed Rectorem et cives cogitare, habere subjectos in oculis. Tam principi exosa esse debent multa supplicia quam medico funera. Ars enim ac laus gubernantis servare potius quam perdere descendendo ad extrema.»

(2) Esto concuerda con la opinion seguida en la Edad Media, que el juicio de sangre es juicio especial del rey.

y excepcionales en las grandes necesidades del país, si los deudores deben quedar sacrificados sin auxilio de ninguna clase, contra la violencia de acreedores sin conciencia. Esta institucion en el Imperio aleman era considerada como derecho reservado al emperador, pero despues fué usada abusiva y frecuentemente por los feudatarios. Es necesario que esta interrupcion del derecho (*Iustitium*), no total sino parcialmente privado, sea concedida exclusivamente con grandes precauciones y en casos de verdadera necesidad, por lo cual necesita ciertas formas defensivas, cuya observancia limite áun la misma autoridad del jefe supremo del Estado y la del legislador en los puntos en que el derecho á que aludimos, puede ser ejercido sólo por medio de una ley especial (1).

Por el contrario, se desecha como cosa que no puede ser permitida, todo género de justicia de gabinete (2).

En las repúblicas modernas la jurisdiccion está de ordinario completamente separada del gobierno, estando abolida la subordinacion formal de los jueces (3), no habiendo quedado en esta materia, del llamado poder judicial del jefe supremo del Estado, más que la influencia algunas veces egercida sobre el acto de conferir cargos judiciales, la cual

(1) V. á Zacharia, § 176.

(2) Montesquieu, *Exprit de Lois*, VI, 5. La constitucion imperial prohibía esto en Alemania. Capitular de elecciones, XVI, §7: «Queremos dejar libre curso á los procedimientos de estos tribunales de justicia del reino, que ninguno de ellos usurpe ó avoque los procesos de otra de las salas y mucho ménos que se dejen conocer las sentencias y providencias dictadas en comun por los de nuestro consejo, que no se liguen las manos á los jueces de la Cámara por rescripto alguno imperial—y, sobre todo no permitimos acontezca en el imperio que directa ó indirectamente se opongan impedimentos al consejo imperial de justicia y á los jueces de la Cámara.» El § 8, añade: «En particular no queremos que por nosotros se pase á los jueces de la Cámara instruccion ó inhibicion, y mucho ménos á nuestros jueces y á los del reino en los asuntos judiciales cuando dicten órdenes ó rescriptos para la expedicion de los *protocollorum pleni et senatuum*. Conclusiones de Viena en el año 1820, § 29, y decreto federal del 7 de Octubre de 1830.

(3) El pensamiento de Montesquieu (*Esprit des lois* XI, 6): «il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe á la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur» encontró campo fecundo en la América Septentrional y para los Americanos no fué suficiente hacer independiente del gobierno á la misma administracion de justicia, sino que pretendieron separar, bajo todos los puntos de vista, el poder judicial del poder gubernativo y ordenarlo de modo que al lado de éste fuese un poder público igual. Este pensamiento ha pasado posteriormente á la nueva Constitucion de Suiza.

dicho sea de paso, parece ser muy accidental, el derecho de tomar medidas para la persecucion de los delitos y el deber de ejecutar las sentencias (1).

(1) Excepcionalmente el presidente de los Estados-Unidos (*Constitucion*, II, 3.) aún tiene el derecho de indultar y disminuir las penas, excepto en el caso de delitos contra la administracion del Estado. Otro tanto puede decirse del Presidente frances (*Const.* § 55); pero no de los gobiernos de Suiza, estando con mucha más razon prohibido esto mismo á las grandes asambleas.

CAPITULO XIV.

7. Poder de la hacienda.—8. Poder de superintendencia.—9. Fomento de la civilizacion.

7. Poder de la Hacienda.

Es tal el mecanismo del Estado moderno y tales los procedimientos que se emplean para suministrarle los fondos indispensables para sus necesidades, que sin gran trabajo puede el regente hallarse perfectamente enterado de la administracion general de los bienes del Estado, del modo con que se recaudan las rentas públicas, de las provisiones del país y del estado de la contabilidad. En este concepto es bien poco lo que la república se diferencia de la monarquía; pues tambien aquélla reconoce la necesidad de una administracion única, normal y perfeccionada, si bien en este particular no se muestra tan celosa como cuando se trata de manifestar autoridad con actos propiamente gubernativos.

8. Derecho de superintendencia.

Este derecho se distingue de los demás en que sólo indirectamente, y en segunda línea, encierra en sí el elemento regulador, imperativo y defensivo, que son los esenciales componentes del gobierno, miéntras que en primer término abraza la propiedad pasiva de tomar conocimiento de las condiciones de todo lo existente. La superintendencia se extiende tambien á inspeccionar el organismo y funciones de los empleados, de la autoridad política, de sus relaciones entre sí, y áun de todas aquellas personas que fuesen esencialmente autónomas y casi independientes del órden general del Estado.

En general, el poder público tiene perfecto derecho á ponerse en conocimiento de todos aquellos hechos acaecidos en el territorio de la nacion, por cuanto que de ellos puede resultar alguna alteracion para los intereses generales. El gobierno está, pues, obligado á dirigir su vista perspicaz á todos aquellos puntos en que fuere preciso dictar las convenientes medidas, encaminadas á alejar del Estado los daños que le amenacen, y á hacerle prosperar en todos sentidos.

Los comisarios régios de la Monarquía francesa y los oficiales de estadística de nuestros tiempos, son instituciones que sirven para el ejercicio de este derecho. En el Estado moderno no tendría nada de extraño el restablecimiento de la primera institucion, es decir, el de los comisarios régios, enviados á las provincias y á los distritos para que, fuera de los ordinarios informes burocráticos, se enteren del estado de los negocios, mediante observaciones inmediatas y personales (1). El Estado debe abstenerse de penetrar en los secretos de la vida privada y familiar, y mucho más de atacar ó mermar la libertad personal por medio de un espionaje indigno y opresivo; en el esclarecimiento de los hechos que urgieren se guardará de emplear medios ilícitos, que darían por resultado convertir la superintendencia en una odiosa tutela, que, de seguro, no le compete.

La superintendencia debe en primer lugar desplegar su actividad acerca de los comunes ó ayuntamientos, las corporaciones, las sociedades por acciones y las instituciones; estas últimas necesitarán para su existencia permiso especial siempre y cuando envolvieren intereses políticos, y será de todo punto supérfluo para aquellos casos en que la reunion de los indivíduos y la sociedad por ellos formada lleve una existencia meramente privada sin relacion alguna con la gobernacion del Estado, ni con el crédito público (2).

---

(1) Como recuerdo de los antiguos comisarios, pueden citarse los *Landescommisäre* de Baden, que, instituidos hace poco y dependiendo del ministro del Interior, tienen á su cargo el velar personalmente sobre la administracion de la provincias.

(2) El derecho romano de tiempos del Imperio, limitó bajo este concepto la libertad personal más de lo que los intereses del Estado exigian.

9. Fomento de la civilizacion.

Bajo esta palabra se comprenden las relaciones del Estado con la educacion, el cuidado de las escuelas y de los establecimientos de instruccion, el fomento de las ciencias y de las artes, cosas todas que, si bien no son determinadas en su esencia por Estado, éste debe, sin embargo,—porque tal es su obligacion y derecho,—velar con su poderosa influencia sobre la prosperidad pública del Estado, y bajo este concepto, puesto á la cabeza, dirigir todo el movimiento.

Aquí sería ocasion de tratar de las relaciones del Estado con la Iglesia, que es la comunidad más grande y más independiente por su misma esencia que hay en el Estado y al lado del Estado.

Pero de esta cuestion se trata especialmente en el Libro VI.

CAPITULO XV.

FORMAS EJECUTIVAS.—ORDENES Y DECRETOS.

La potestad gubernativa no queda, como quien dice, agotada con el ejercicio de los derechos hasta ahora expuestos, pues éstos en realidad no son más que emanaciones particulares de la plenitud del poder que en dicha potestad reside, y que siempre bullente, cual en manantial inagotable bullen las aguas, se esparce por nuevas direcciones, segun lo requieren las necesidades del Estado.

El poder gubernativo manifiesta su formal ejercicio:

a) Por la emanacion de órdenes generales *(jus edicendi.)*

b) Por la emanacion de decretos, mandatos y prohibiciones que los casos particulares exigen *(jus jubendi.)*

De lo primero ya hemos hablado (1). En lo segundo es donde formalmente se manifiesta la esencia propia de la potestad gubernativa. Querer, como pretenden algunos modernos, que el gobierno sea mera administracion, y que la fuerza determinante del mando político pueda irse debilitando hasta no ser más que una vaga é impotente influencia y consejo del gobierno, es sostener ideas sin fundamento y no poco desacertadas. El Estado, puesto que está en su perfecto derecho, puede y debe, no sólo mostrar deseos de que una cosa se haga, avisar á los interesados y recomendarles con eficacia el modo, sino que, llegado el caso, debe dictar órdenes terminantes para mejor lograr el cumplimiento de sus órdenes (2). A este fin hacen los decretos,

---

(1) Lib. II, cap. 7.
(2) Washington, tan opuesto por naturaleza á todo poder arbitrario

las ordenanzas, los rescriptos, lás concesiones, los bandos, las vedas, etc.

Hay un límite que el gobierno no puede traspasar en el ejercicio de su derecho de dictar órdenes; este límite son las constituciones existentes, la legislacion, y el ordenamiento jurídico dentro de cuya esfera deben los poderes moverse. Las órdenes del gobierno ven la luz con ocasion de proveer á las necesidades de la prosperidad pública, y, si estas necesidades se han de ver satisfechas, no podrán ménos las disposiciones gubernativas que echar mano de medios idóneos y lícitos.

Esta limitacion, con respecto al poder gubernativo, se guarda más fácilmente, aún en la forma exterior, que con respecto á la legislacion. En particular los jueces no están obligados en la esfera de su propia competencia á mantener, en la decision de los procesos, como válidas jurídicamente y suficientes para fundar en ellas una sentencia, las órdenes y disposiciones del gobierno, cuando éstas fuesen, tanto formalmente, cuanto por su contenido, contrarias al derecho. Es más, hay veces en que, si se sienten bastante fuertes, deben defender el órden jurídico existente en contra del mismo gobierno. Por otra parte, sin embargo, los jueces se deben mirar muy bien en arrogarse arbitrariamente la facultad de fiscalizar é inspeccionar las decisiones del gobierno, porque no siempre está bien usar medios jurídicos procesales contra cualquier ordenamiento ó disposicion gubernativa, por más que en el fondo ó en la forma aparezca contradecir á las leyes. Así, que por regla general, se puede decir que no es lícito al juez apelar de cualquier disposicion gubernativa (1).

Las autoridades gubernativas, inferiores, por el contrario, están por lo regular obligadas á seguir, dentro de la esfera oficial que les es propia, las disposiciones dimanadas

---

en el Estado, entendió é hizo notar perfectamente esta necesidad. En su epístola del 31 de Octubre, 1876, dice: «Corre la voz de que debíamos interponer nuestra influencia para que terminasen las presentes turbulencias del Massachusatts.» No vemos donde esté esa influencia; mas áun dado caso de que exista, ¿sería remedio conveniente para desórdenes tan escandalosos? La influencia no constituye el gobierno. V. Story, III, 37, § 124.

(1) La exposicion más lata de esta cuestion se halla en el lib. V, cap. 6 y sig.

de autoridades superiores á la suya, aunque estas disposiciones contengan cláusulas contrarias al derecho. La razon de esto es porque, no disfrutando las personas aludidas de verdadera independencia, su condicion de subordinados les obliga á acatar las órdenes superiores. Esta misma razon les exime en casos semejantes de toda responsabilidad, la cual cae de lleno sobre el gobierno, especialmente sobre el ministro que dictó medidas tan antijurídicas (1).

En la regla que hemos expuesto puede introducir excepciones tanto la constitucion como la misma ley en algunos casos.

---

(1) Véase tambien el tomo I, lib. VII, cap. 10.

CAPITULO XVI.

PODER EXCEPCIONAL DEL GOBIERNO.—DERECHO DADO POR LAS NECESIDADES PÚBLICAS.

Es el Estado un sér de naturaleza tan particular que, si su conservacion y existencia,—primer cuidado y oficio principal del gobierno,—exige se violen realmente los derechos individuales y las leyes existentes, quedan estos actos justificados nada más que por militar en su favor la necesidad del país. En todos aquellos casos en que, tratándose de salvar el Estado, se viere ser esto imposible, á no violar los derechos privados y aún los de toda una clase del pueblo, el gobierno no puede, es más, no debe, por consideraciones á dicha clase, dejar que perezca la nacion; antes al contrario, teniendo presente aquel famoso principio: *Salus populi suprema lex esto*, hará todo lo conducente y necesario á la conservacion y libertad del Estado.

1. En este principio se funda el llamado poder excepcional, derecho nacido de la necesidad del gobierno, correspondiente al derecho de necesidad del pueblo. Este poder redunda á todas luces en menoscabo de la libertad y del derecho, y es tal, que si se le elevase á regla general en el ejercicio del poder gubernativo, constituiría un poder absoluto grandemente expuesto á la tiranía. Esto no obstante, como excepcion en caso de necesidad, debe aceptársele como indispensable, sí hemos de atenernos al principio de que el todo no ha de sacrificarse á la parte. El buen capitan que aspira en la deshecha tempestad á sacar á salvo su nave, debe sin miedo arrojar á las furiosas y revueltas olas la propiedad de los pasajeros; y el general que desea con afan salir victorioso del campo de batalla, ó salvar su perseguida suerte mediante oportuna retirada, si viere que para con-

seguirlo urge sacrificar algunos batallones, debe con resolucion sacrificarlos. El hombre de Estado, el regente debe imitar estos ejemplos cuando cayere sobre el país alguna necesidad urgente y repentina.

Los pueblos de más tacto político han reconicido siempre este poder excepcional, y así han tenido cuidado de dejarlo consignado en sus constituciones. Con este objeto se creó en Roma la Dictadura, y con el mismo solían pronunciarse aquellas celebérrimas palabras: *Videant consules ne quid detrimenti respublica capiat.* En Venecia tambien se confería á unos pocos consejeros el poder de adoptar, en casos de necesidad, determinaciones urgentes para la salvacion del Estado. Este es el sentido que debe darse á la suspension del acta *Habeas Corpus*, en Inglaterra, y al decreto del estado de sitio, y al Consejo de guerra en el Continente. El último método, indispensable en casos particulares, tiene por otra parte en contra suya la grave preocupacion de que limita el poder oficial, miéntras que, por el contrario, ensancha y extiende ilimitadamente la autoridad militar.

Ni las monarquías ni las repúblicas (1) están á salvo de

---

(1) Machiavello, sobre el lib. I, de Livio, dice, núm. 34: «Las repúblicas que en los grandes peligros no echan mano del poder dictatorial ó de otro parecido, al sobrevenir sucesos de importancia habían de precipitarse en la ruina. En tanto que la dictadura romana fué conforme á la constitucion y no se ejerció valiéndose de la fuerza, fué siempre provechosa para la ciudad.» Los extremos en política, ya que los revolucionarios y los déspotas guardan entre sí perfectísimo parecido, estuvieron siempre celosos del uso y excesiva extension de este derecho, no sólo tratándose de los intereses del Estado, sino, lo que es más, dentro del seno de su mismo partido: tanto rehusan las pasiones verse refrenadas por los límites del derecho. Mirabeau, en su notable respuesta al cardenal Maury, defendió el poder de la Asamblea Nacional francesa fundándose en el derecho que da la necesidad (Tiers *Rev. francesa*, I, 150): «¿Pregúntase de cuándo acá los diputados del pueblo han podido llegar á ser Asamblea Nacional? Pues yo respondo que desde el dia en que habiendo encontrado ocupado por soldados el lugar que daba paso al local en que estaban los asientos de los diputados, se juntaron en el sitio que pudieron, y juraron morir ántes que hacer traicion ó desatender los derechos de la nacion. Nuestros poderes han cambiado de naturaleza desde aquel dia; despues nuestros esfuerzos y nuestros trabajos lo han legitimado, así como la aprobacion de toda la nacion lo ha santificado. Os suplico recordeis el dicho famoso de aquel gran Romano despues de haber violado las formas legales para salvar la patria. Señores, os juro que habeis salvadola Francia.» No fueron otras las razones con que más tarde se quiso justificar la implantacion del *Comité de salut public*, de infausta memoria. Tambien Napoleon quiso, aunque con mejor derecho, fundar en motivos parecidos su usurpacion del 18 de Brumario. Cuando un motivo es verdadero, podrá fundar un derecho; pero cuando es falso ó mero pretex-

no atravesar semejante necesidad. Empero cuando la constitucion ó no toma en cuenta, ó si lo hace es escasamente, el influjo de dicho poder excepcional, que el temor á los abusos ha hecho se desconozca en muchos Estados, no por esto la nacion deja de experimentar dicha necesidad, que, por otra parte, cada dia se hace más difícil olvidar. Los hombres políticos más enérgicos que dirijan el timon del Estado, observarán mejor, sin duda, en estas circunstancias, la ley natural que la misma constitucion vigente; de modo que de mejor grado se someterán á lo que les exige su responsabilidad legal, que dejar al Estado que corra á su ruina. Mas deberán superar dificultades harto más graves cuando pueda ser impugnada la legalidad formal de sus disposiciones y ordenanzas, que cuando hayan sido investidos excepcionalmente con el poder dictatorial. Por el contrario, los hombres dotados de natúraleza más débil no se atreverán á hacer lo que exige la necesidad, y entónces, agitada por todas partes, ya por peligros intestinos, ya por peligros exteriores, la nave del Estado no tendrá más remedio que sucumbir.

2. Para que el derecho excepcional de que tratamos pueda reducirse á práctica debe existir una necesidad real, ó, al ménos, un peligro apremiante de que la necesidad susodicha llegue; de modo que, á nuestro juicio, no podrá justificarse apoyándose en el mero interés de la mayor prosperidad del pueblo en cuestion; porque si esto fuese suficiente, entónces la excepcion pasaría á ser regla, el ordenamiento jurídico general quedaría á merced de contínuas sacudidas, y la libertad se destruiría así como la seguridad de las naciones. Obligacion es del gobierno cuidar de los intereses de los gobernados, pero al propio tiempo no hay que olvidar que este cuidado debe correr parejas con la observancia de los derechos existentes.

Algunas constituciones han establecido disposiciones más detalladas para la comprobacion oficial de la necesidad de que hablamos, con el fin, sin duda, de limitar, en cuanto sea posible, los estados excepcionales. En Roma se exigía un *senatus-consultus*, en Inglaterra, es menester un acto del Parlamento, único que puede suspender el acta *Habeas*

---

to lo que en él se funde, será una injusticia; Las Cases. *Mem.*, IV, página 302.

Corpus (1). Segun la Constitucion francesa de 1848, § 106, puede declararse el estado de sitio solamente en los casos indicados por la ley. La Constitucion prusiana menciona la guerra y la rebelion como únicos casos de necesidad en que puede usarse la fuerza á más de las disposiciones particulares de la Constitucion. La práctica de los hombres de Estado y de los ministros, por otra parte, tampoco puede ser impedida por esta limitacion, para que no se traspasen ciertos límites, cuando las medidas adoptadas parecen necesarias para la salvacion del Estado.

Cuando falten disposiciones particulares acerca de esta materia, hay que tener en cuenta que al jefe supremo del Estado toca decidir; pero entiéndase que, en la monarquía constitucional ha de obrar bajo la responsabilidad del ministro firmante, despues de oido el parecer del Consejo de Estado. Hemos dicho que la decision está en manos del jefe supremo del Estado y no del cuerpo representativo, porque no siempre está éste reunido en el tiempo preciso en que urge la necesidad, y porque ni tiene semejante destino ni la capacidad necesaria para reconocer las necesidades apremiantes del momento, ni para tomar las medidas oportunas, ni satisfacerlas. A las Cámaras, sin embargo, pertenece tambien en este caso el derecho de exámen sobre el ejercicio de tan importante derecho, del cual se puede abusar, quizás más que de ningun otro derecho regular del gobierno, por medio de violencias y opresiones no exigidas por ningun género de necesidad, como particularmente ha acontecido en tiempos de reaccion.

3. No puede establecerse poder alguno excepcional, no obstante la necesidad, miéntras existen medios constitucionales y legítimos del poder público para distraer, digámoslo así, á la necesidad y asegurar, no sólo el Estado, sino tambien el órden público. La esfera del derecho de necesidad se restringe en la misma relacion en que el peligro futuro ha de ser prevenido y obviado por medios legales. En las naciones en que la constitucion reconoce el derecho que tiene el gobierno para dar excepcionalmente leyes provisionales, como acontece, por ejemplo, en Prusia, no debe tenerse esta autorizacion como aplicacion en sentido estric-

(1) Blackstone, I, 1, 2,

to del derecho de necesidad pública, sino como competencia legal del jefe del Estado anteriormente establecida y limitada en las disposiciones vigentes de la constitucion y legislacion.

4. Cuando para los casos de necesidad no esté ordenado el establecimiento de una magistratura particular, como, por ejemplo, la dictadura romana, entónces debe entenderse que el jefe supremo del Estado es el único que debe ejercerla, no las autoridades políticas á él subordinadas. Pero cuando sea indispensable la evidente accion para defender provisionalmente al Estado, por ejemplo, en caso de imprevista sorpresa por parte de alguna potencia enemiga, pueden las autoridades políticas inferiores y aún los mismos particulares, si tan extrema fuese la necesidad, interpretar el consentimiento del gobierno del Estado, al cual participarán lo acontecido, y obrar provisionalmente miéntras llegan las necesarias disposiciones (1).

Mas cuando la causa de la necesidad consiste en la incapacidad del mismo jefe supremo, en este caso será necesario acudan á suplir la falta las autoridades existentes inmediatamente despues del soberano, como, por ejemplo, los ministros, las Cámaras, y en ciertos casos, algunos de los generales del ejército.

5. Las medidas que han de adoptarse deben ser determinadas y limitadas por el fin, ésto es, por la remocion del daño que amenaza al Estado.

En primer lugar hay que advertir que sería trabajar en vano querer determinar de antemano lo que en cada caso particular habrá de hacerse. La necesidad podrá justificar la suspension y aún la abolicion de los derechos políticos ó cierto género de violacion de los derechos privados. La prohibicion, por ejemplo, para celebrar reuniones y asambleas políticas, la suspension de la libertad de imprenta y el establecimiento de tribunales extraordinarios, son medidas que deben anteponerse á la violacion de la propiedad privada, ó á la limitacion del comercio y de la libertad individual, y ésto porque la necesidad en cuestion es de naturaleza esencialmente política. Empero, en casos de urgente nece-

---

(1) Zacharía, *Derecho público aleman*, § 152. Ejemplo grande y justamente apreciado por su rey el que dió en 1852 el general prusiano Jork.

sidad, ante el supremo derecho de la existencia del Estado debe ceder cualquier otro derecho que concuerde con aquélla.

En segundo lugar hay que determinar los límites naturales del susodicho derecho, los cuales expondremos en los párrafos siguientes.

a) Las medidas que han de ser adoptadas no deben ser más duras, ni las violaciones ó limitaciones de los derechos existentes mayores que lo que exige el fin que ha de conseguirse.

b) Las mismas no deben durar más tiempo que el que tarde en desaparecer la necesidad. Por esto en muchos Estados ha sido limitado el poder dictatorial á breve período de tiempo determinado, con lo cual se trata de alejar el peligro de que el poder excepcional vaya dilatándose hasta convertirse en despotismo.

c) Cuando basten medidas meramente provisionales no deben recomendarse las medidas definitivas, y siempre debe conservarse á la legislacion regular el derecho de examinar áun las del primer género, y de procurar, lo más que sea posible, el pronto y pleno restablecimiento del estado jurídico ordinario. Esto debe, sobre todo, aplicarse á las ordenanzas generales provisionalmente introducidas durante la necesidad.

d) Tampoco el poder excepcional puede extenderse hasta la abolicion de la resposabilidad en favor de los ministros que en dichas circunstancias ejercen sus facultades, ó de las disposiciones excepcionales, pues que esta medida no podría clasificarse entre las tomadas para remediar la necesidad sino entre las que la arbitrariedad, aprovechándose del estado de las cosas, adoptase en su favor. Por el contrario, cuanto más arbitrariamente se ejerza el derecho de necesidad, tanto mayor es el deber que tienen las personas que han hecho uso de él de dar cuenta de las medidas adoptadas y salir responsables de ellas.

e) Obrando en regla no puede tampoco crearse por el mismo medio un nuevo derecho durable, sino que, por el contrario, siempre deberá ser disculpada la violacion del derecho existente, apoyándose en la necesidad. «Bien puede exigir imperiosamente la necesidad, que se violen los derechos, pero nunca que en lugar del derecho se coloque

la injusticia formal y duradera» (1). El derecho excepcional existe solamente donde existe un estado excepcional, pero nunca debe crear un nuevo derecho normal. Por consiguiente, el establecimiento de nuevos derechos privados por medio de una decision arbitraria, la decretacion de una pena sin debate judicial y sin sentencia podrán justificarse, pero no la transformacion formal de la constitucion política como ejercicio del derecho de necesidad. La regla general que en esta materia puede darse, consiste simplemente en la que comprendemos en estas palabras: á tanto cuanto se extienda la necesidad, á tanto deberá extenderse el medio adoptado para remediarla. Cuando la causa de lo que se necesita está en la misma constitucion y ésta no ofrece ningun remedio conforme á su espíritu,—lo cual no pocas veces acontece en nuestras condiciones constitucionales, en todas partes destruidas por violentas revoluciones ó reacciones,—entónces quien quiera la salvacion de la nacion deberá procurar é introducir provisionalmente las necesarias reformas en la misma constitucion. El poder absoluto de comprobar estas mutaciones y de reconocer y aprobar, como formaciones de un nuevo derecho, la violacion del código existente, pertenece á la Asamblea popular y política que entónces exista (2).

---

(1) Zacharía, *Derecho público aleman*, II, p. 153.

(2) El rey Federico Guillermo IV de Prusia en el año 1849, y el presidente Luis Napoleon en 2 de Diciembre de 1851, se apoyaron en esta excepcion, disolviendo aquél la Cámara popular é introduciendo una nueva ley electoral, miéntras éste disolvió la Asamblea nacional y dió al pueblo francés una nueva constitucion. Es cosa que no cabe poner en tela de juicio que en estos hechos se vió la aplicacion del derecho de justa necesidad y no un abuso, puesto que tanto el pueblo prusiano como el francés, aprobaron y legitimaron todo lo hecho.

LIBRO CUARTO.

EL GOBIERNO PROPIAMENTE DICHO.

CAPITULO PRIMERO.

LOS MINISTROS Y EL MINISTERIO DEL ESTADO.

1. La institucion de los ministros pertenece al derecho público moderno, pero su raiz, como el mismo nombre lo indica, se extiende hasta el seno de la Edad Media.

Desde los tiempos antiguos hasta nuestros dias, para la administracion de las oficinas del gobierno, encontramos el señorío de la Edad Media, en los utilísimos oficios (*ministeria)* de cuatro empleos de palacio que ha conservado la tradicion. En efecto, el mariscal (originariamente *mariscalc*, esto es, caballerizo, conocido en Francia con el nombre de *connétable* (condestable, esto es, *comes stabuli*), tenía á su cargo los caballos y la caballería y estaba á la cabeza de la fuerza armada. El senescal ó ugier de vianda, que en un principio presidía y mandaba á los empleados de la cocina, servía la mesa de los príncipes y tenía el cuidado del palacio real y de toda la servidumbre, vino á ser, por último, el juez del sitio de residencia del rey. El camarero, que primeramente tenía cuidado de las habitaciones (cámaras) de los grandes, se convirtió en depositario de las alhajas de la casa real, despues custodió todas las rentas pertenecientes á la Cámara real, y con el tiempo vino á ser el tesorero y ministro de Hacienda. El copero mayor ó re-

postero administraba el domanio y los bienes naturales (diezmos, pechos) de la corona.

Los régulos ponían á estos oficiales palaciegos al frente de los que estaban á su servicio (*ministrantes*) y los reyes poderosos nombraban los que habían de desempeñar idéntico cargo en las casas de la nobleza y áun en la de los mismos príncipes. En la Edad Media estos empleos constituían una dignidad hereditaria y un bien de familia.

A estos ministerios fueron uniéndose, segun las necesidades, otros varios empleos superiores con diversas atribuciones y plenitud de poderes, de los cuales los principales son los siguientes:

a) El canceller (*cancellarius*) en un principio no fué más que un escribiente (Secretario); pero despues se le con-confió el alto cometido de la correspondencia del príncipe con otras Córtes y Estados, hasta que, por último, fué elevado al desempeño de las más altas gestiones diplomáticas é internacionales, propias de la direccion política del ministro de Estado. En el Imperio aleman, los electores eclesiásticos tomaban á su cargo la cancillería, así como los electores láicos se dividían entre sí los cuatro empleos principales de la córte. En Francia, y áun en Inglaterra, los arzobispos y los cardenales desempeñaban frecuentemente tan honorífico puesto, que de ellos pasaba hereditariamente á sus sucesores.

b) Los más altos empleos de la milicía, ó sean los de general y almirante, los cuales tenían á su cargo todas las atribuciones y asumían todos los deberes necesarios para la recta administracion de la guerra.

c) Existía tambien el cargo de juez, esto es, juez de palacio, el cual estaba al frente de la administracion de justicia que desempeñaba personalmente sin que su elevado puesto pudiese trasmitirse por herencia.

d) De idéntica manera, existían tambien otros puestos personales de mucha distincion, relacionados con la Intendencia y la Tesorería. A esta categoría pertenece el empleo;

e) De intendente ó mayordomo mayor, el cual en algunas ocasiones era elegido y reelegido por su deseo personal de ser útil á la córte ó por cierto sentimiento de proteccion dispensado por el príncipe.

Así como en un principio estos oficios eran encomendados á los vasallos feudales y á gentes dedicadas al servicio,

así tambien, á partir desde el siglo XV, fueron preferidos y nombrados para su respectivo desempeño los jurisconsultos (*docctores juris*) y personas adornadas con la ciencia y talento necesarios para ello, como consecuencia de lo cual encontramos preferidas las aptitudes personales á las costumbres hereditarias y á la agrupacion de personas permanentes.

1. Así se ensanchó más y más la institucion de los Consejos (Consejo de la córte, Consejo privado), los cuales en casos graves se reunían para que el príncipe les pidiese libremente su parecer, siendo oida su opinion sobre el punto en cuestion, y tomándose en consecuencia las medidas que se tenían por convenientes. Muchos de estos consejeros vivían en el mismo país en sus castillos y burgos, pero posteriormente encontramos á todos los ministros y consejeros reunidos en colegio permanentemente fijo en la residencia de los príncipes, hasta que por último llegaron á ser miembros de determinadas órdenes.

De esta categoría fué el Consejo de la córte, instituido en Viena por el emperador Maximiliano, en el cual se reunían el ministro del Imperio, los terratenientes de la corona, los jefes de los empleados de palacio, los magnates más considerados y los *doctores juris;* á ella pertenecían tambien el llamado *Conseil du Roi* en Francia, el *Privy Council* de Inglaterra, y el Consejo de ministros organizado en Prusia por el príncipe electoral Joaquin Federico.

En el período en que el poder real iba creciendo, suscitábase de cuando en cuando sobre la altura mediana de los restantes ministros y consejeros algun enérgico estadista adornado con el don de dirigir á los otros, el cual empuñaba efectivamente todas las riendas del gobierno y tomaba á su cargo en realidad y con el consentimiento del monarca la direccion del gobierno. Tal fué, en efecto, la mision del cardenal Wolsey en tiempos del rey Enrique VIII de Inglaterra, la del conde Leicester, en el reinado de la reina Isabel, la de Lord Stafford, bajo Cárlos I, los cuales, á decir verdad, al fin cayeron precipitadamente de la altura á que se habían elevado; pero con más fortuna nos presenta la historia despues en la cima de semejante dignidad tanto al cardenal Richelieu y á Mazarino, en tiempos del rey Luis XIII de Francia y durante la minoría de Luis XIV, como al con-

de Schwarzenberg bajo el príncipe electoral Jorge Guillermo de Prusia, y al mismo príncipe Kaunitz en los dias de la emperatriz María Teresa de Austria

La conversion, digámoslo así, y comienzos de la nueva formacion de esta institucion, la encontramos en los tiempos de Luis XIV. El rey quería gobernar por sí mismo, y por esta causa, despues de la muerte de Mazarino, no nombró ministro alguno que tomase á su cargo el timon del Estado, Tras esto, haciendo desaparecer el influjo de los empleados hereditarios de palacio, de suyo muy importante, puso en su lugar á los secretarios, los cuales ya no eran magnates de la aristocracia ni elegidos de entre los favoritos del rey, para que fuesen activos ministros en todos los ramos de la administracion del gobierno. Así, pues, en lugar de la alta aristocracia empezó á funcionar la burocracia.

En la misma Inglaterra, el rey Guillermo III se atrevió á introducir esta innovacion, pero poniéndola en íntima relacion con la constitucion parlamentaria del reino. Ya no se tomó más en consideracion el carácter estable de los ministros, pero en cambio aparecen los manejos de los partidos, los cuales introducen en el parlamento á las mayorías. En consecuencia de estas trasformaciones, vemos que los ministros ingleses dependen ménos de los reyes que los ministros franceses, teniendo su principal apoyo en la fuerza inherente al parlamento.

En los Estados del Continente se introdujo primero el método ya introducido en Francia. Algun tiempo más tarde se dió la preferencia al influjo de la representacion popular; pero, sin embargo, nunca tomó tanto incremento como en Inglaterra, donde los ministros permanecian mucho sin que trechamente unidos con los centros de la autoridad, más esquisiesen ejercer las funciones de la direccion y administracion de las Cámaras, aunque esto debe entenderse en un sentido, á saber: que los ministros habian adquirido cierta posicion media, esencialmente existente por sí misma, entre el rey y la Cámara popular; de modo que de meros oficiales del rey pasaron á ser verdaderos oficiales del Estado.

2. Los ministros sirven al jefe del Estado y le ayudan en los diversos ramos de sus funciones públicas. En la Monarquía constitucional, el rey se encuentra ligado por todas las representaciones propiamente dichas del Estado contra

la cooperacion concerniente á los manejos del ministro responsable. Empero en el seno de la República ocupa el priprimer puesto el presidente, el cual regularmente necesita de la ayuda de los ministros ó secretarios de Estado, pero, á pesar de todo esto, por lo mismo que él solo es personalmente responsable ante la nacion, tiene posicion más independiente que las arriba señaladas.

Pero los ministros no son simples oficiales del jefe supremo del Estado, ni ménos están obligados á cumplir todos sus mandatos ó satisfacer todos sus deseos, sino que, como funcionarios y como hombres políticos, deben examinar independientemente lo que más se conforma con el derecho y lo que es más útil al Estado, sosteniendo despues sus propias convicciones, aunque tengan que ponerse frente á frente del monarca.

La armonía entre las relaciones fundamentales existentes entre el rey y los ministros, es una de las condiciones especiales de que depende la fuerza del gobierno; por lo cual precisamente se concede al rey que pueda libremente elegir á sus ministros, no pudiendo nadie obligarle á aceptar para tan elevado cargo á persona alguna que no merezca su confianza. Por la misma razon ninguno está obligado á ser ó permanecer siendo ministro, cuando por su parte tampoco tenga confianza en el jefe del Estado. Por lo demás, esta confianza recíproca no es necesario que consista en cierta intimidad familiar, ó en personal amistad. La confianza política existirá por parte del rey cuando tal ó cual ministro, en los momentos oportunos, sea considerado apto para la direccion de la cosa pública, así como la tendremos por parte del ministro cuando el rey deje que aquél dirija segun su modo de ver y cuando la corona no le niegue su apoyo.

3. Varia puede ser la determinacion correspondiente á la division de los asuntos, pudiendo decirse que éstos marchan bien cuando cada uno de ellos encuentre dentro de su esfera su unidad y su direccion suprema en un ministro, puesto que cada una de las esferas ocupada por aquéllos exige necesariamente el trabajo material y la fuerza espiritual de un hombre enteramente dedicado á los negocios que le están confiados.

Los departamentos más comunes para las diversas funciones, son los siguientes:

a) Ministerio Exterior, al cual pertenecen todas las operaciones diplomáticas y todas las relaciones con las naciones extranjeras, y en las Confederaciones y Estados confederados, las relaciones orgánicas con el poder federal y con los Estados confederados respectivamente,

b) El Ministerio Interior, que abraza todo el organismo interno y cada una de las funciones gubernativas que pertenecen á lo interior, aunque algunos fines particularmente importantes no exigen ministros particulares.

c) Ministerio de la Guerra, destinado á las instituciones y funciones militares del Estado.

d) El Ministerio de la policía, para el régimen de los poderes anejos á la policía del Estado, si bien este ministerio unas veces se refunde en el Ministerio de Justicia y otras veces se considera como una subdivision del Ministerio interior.

e) El Ministerio de Justicia, para la administracion de justicia reservada al jefe supremo del Estado.

f) El ministerio de Hacienda para el ejercicio del poder y administracion que á la hacienda se refieren.

g) El Ministerio de Cultos para las relaciones del Estado con la religion, con la Iglesia, con la ciencia, con las artes y con la enseñanza escolar.

h) El Ministerio de Obras públicas, de agricultura, de la industria y del comercio á causa de la importancia de todos estos fines en la vida política moderna, siendo frecuentemente ésta una seccion enteramente distinta del Ministerio interior y del de Hacienda.

i) A más de los ministros especiales de que acabamos de hablar, existen los ministros sin cartera, los cuales toman parte en el gobierno político de la nacion y tratan los asuntos que ocurren, ante la Cámara. Los simples ministros, que podríamos llamar de palabra, son una institucion peligrosa, debida al régimen napoleónico, muy á propósito para dar nuevo realce á la elocuencia, pero al propio tiempo maravillosamente dispuesta para forjar ilusiones y ocasionar todo género de disturbios.

En la República, estas esferas de negocios son tal vez administradas por colegios ó consejos, conforme á las tendencias democráticas, que desconfian de la concentracion de la autoridad y del poder en un solo indivíduo.

El sistema prusiano consiste en cierta union de la direc-

cion individual de los ministros con la deliberacion y aprobacion de los colegios; mediante los consejeros de los ministros.

4. Los ministros, en cambio, deben todos mirar al jefe supremo del Estado como unidad suprema en que se refunden todos los poderes. La natural consecuencia de este principio es que el monarca debe comunicar directamente con cada ministro siempre que le plazca. No es ménos necesaria la perfecta concordia de unos ministros con otros en la direccion de los negocios más trascendentales; y como por efecto de la influencia de unas funciones políticas sobre otras, no pueda siempre evitarse que las medidas adoptadas por un ministro afecten de un modo ó de otro á las adoptadas por cualquiera de sus compañeros, para dirimir las contiendas que pudieran surgir, debe crearse un ministerio general con ciertas atribuciones sobre los demás bajo cuya presidencia se reunan los ministros á deliberar acerca de los asuntos más importantes. Esta institucion es de primera necesidad, para evitar que los ministros particulares, unidos solamente en presencia del jefe del Estado, se encuentren al salir frente á frente los unos de los otros. Con ella gana el ministerio en armonía y fuerza delante del rey, delante del pueblo y delante de las Cámaras. El Ministerio general debe, sin embargo, evitar un escollo á que se halla sobre manera expuesto, y es el de ingerirse, so pretexto de la unidad, en asuntos que son de la incumbencia del rey y de su poder, hasta el extremo de eclipsar por completo la autoridad real. El ministerio general cuidará de no romper ni dificultar las relaciones directas del rey con los ministros, y de no intimidar al monarca, cuando intentase despedir un ministro, con la idea de dimitir á todos en masa.

El cargo de ministro general es siempre desempeñado por el presidente del Consejo de ministros. Los Ingleses, en su sentido eminentemente práctico prefieren, para más formalidad, dar la presidencia á personas distinguidas por su posicion social, por sus méritos ó por su autoridad, en tanto que los demás países colocan en puesto tan alto á los hombres políticos más aptos para ser jefes de la politica activa. El sistema de los Ingleses tiene dos grandísimas ventajas, una que es ménos expuesto á excitar é irritar los celos del monarca, y otra que gracias á él, sin perder nada

de su verdadera importancia (1), el presidente se ve casi libre de los ataques de sus adversarios políticos. En cambio, empero, el sistema empleado en otras naciones asegura en altísimo grado al ministerio la unidad y energía que le es propia, y satisface más plenamente la verdad de las relaciones.

5. El ministro presenta al rey los proyectos para que los sancione, y refrenda las reales órdenes. Antes de sancionar un decreto debe el rey examinar con toda libertad el proyecto, aconsejarse de las personas entendidas en el asunto, si la calidad del negocio lo requiriese, y al final aprobar ó desechar el decreto segun su propio criterio. Por regla general, la desaprobacion de un proyecto no es razon suficiente para la separacion del ministro, porque no es prueba suficiente de que el rey desconfíe del ministro ni de su manera de conducirse. El caso revestirá verdadera gravedad cuando la discusion aparezca tan honda y tan duradera que no sea posible venir á un acuerdo en la suprema direccion de la política gubernativa; entónces no hay otro medio de conjurar el conflicto que quitar de enmedio al ministro, sea porque el rey así lo disponga, sea porque el ministro presente su dimision. Estas dos vías deben siempre quedar expeditas para entrambas personas.

El rey no tiene que esperar á que el ministro le someta un proyecto; pues está en sus atribuciones dar encargo de que se le presente tal ó cual propuesta, advirtiendo de antemano su opinion y deseos. El ministro á su vez está en la obligacion de manifestar al rey sus convicciones propias, de indicarle cuáles medidas serían útiles y cuáles perjudiciales, y de negarse, en fin, en casos de necesidad, á prestar su cooperacion á lo que le apareciese desacertado.

Sería muy conveniente que en los negocios de poca monta, cuales son los de poca importancia política, dejase el rey obrar á los ministros, sin tomar parte activa más que en

---

(1) Hé aquí como se expresa Federico el Grande con respecto al particular en el *Antimachiavelli*, cap. 22: «Le Roi qui a assez de santé, des organes en meme temps assez vigoureux et assez delies pour soutenir le pénible travail du Cabinet, manque a son devoir s'il se donne un premier ministre; mais je crois qu'un Prince, qui n'a pas ses dons de la nature, se manque a lui-meme et a son peuple, s'il n'emploie pas tout se qu'il a de raison á choisir un homme sage qui porte le fardeau dont le poids seroit trop fort pour son maitre.»

determinadas ocasiones, como cuando se tratase de excitar la actividad de los ministros, de sustraerlos á la arbitrariedad, ó casos parecidos. Por lo demás, si la monarquía ha de ser una verdad, y no una farsa, el rey debe observar sin descanso y con toda independencia la alta política, para ver si las medidas gubernativas guardan perfecta armonía con la prosperidad general del Estado, único blanco á que debe espontáneamente enderezar todas sus fuerzas individuales, aunque en union indisoluble con sus ministros. El rey y los ministros no deben nunca hacerse secreta oposicion (1).

6. Cualquier acto positivo del gobierno, emanado del jefe supremo del Estado, necesita, para su perfecta validez, de la rúbrica del ministro del ramo á que pertenezca el asunto. De consiguiente la responsabilidad recae toda sobre el ministro, sin que para disculparse pueda servirle de apoyo la voluntad del soberano. No se escude, pues, el ministro con la persona del rey, sino más bien defienda como suya propia toda disposicion que firme, acepte su responsabilidad, pues para esto es ministro responsable, y no deje entretanto, de presentar al jefe supremo del Estado, para que con su autoridad los sancione, todos aquellos decretos que la salud pública reclame.

La responsabilidad del monarca tiene diversas formas:

a) Ante la opinion pública, que en todos los países donde la imprenta goza de libertad, no deja de observar con cien ojos al ministerio. Cualquier paso que dé un ministro, se ve luego criticado, y criticado tal vez con frases virulentas y fuertes, sin que pueda acudir en defensa del ministro la irresponsabilidad del jefe del Estado, ni las declaraciones del mismo, haciendo constar que en la cuestion se había

(1) En la comunicacion de la reina Victoria sobre la cuestion militar escrita en 1850 y comunicada al Parlamento en Febrero 1852, se dice: «La reina desea que Lord Palmerston diga claramente lo que piensa en casos determinados, á fin de saber perfectamente y con toda precision los decretos á que da la real sancion. En segundo lugar, dada por la reina la sancion á una disposicion cualquiera, ningun ministro ha de pretender mudarla arbitrariamente ni modificarla, pues tal abuso sería una verdadera falta de lealtad á la Corona, y merecería, en virtud del derecho constitucional, que el ministro delincuente fuese luego dimitido. Espera además la reina que se la entere de todo lo que pueda ocurrir entre el primer lord del Tesoro y el ministro de Negocios extranjeros ántes que sobre el particular recaiga medida alguna de importancia. Y es, por fin, su voluntad que se dé con tiempo noticia de los despachos recibidos del exterior, y de los proyectos con que se proponen los ministros responder.

procedido en un todo conforme con sus soberanos deseos y concluyentes mandatos.

b) Ante las Cámaras, expresamente encargadas y autorizadas para dar expresion legal á las quejas referentes al gobierno y áun para presentarlas al monarca. Si existe pues, alguna queja contra el gobierno, ellas son las llamadas á formularla y exponerla.

El gran escollo del Estado moderno es que los ministros no tengan confianza en la mayoría de las Cámaras, pues en tal caso fácilmente se deja comprender que, no estando éstas dispuestas á dar su voto á ministros odiados de todos, es imposible el planteamiento de reformas saludables: aquí ya no hay más remedio sino que, presentado un voto de censura unánime y decisivo contra el ministerio, éste presente en seguida la dimision de sus cargos. Semejante proceder no es todavía ley de derecho público, por no ser difícil concurran en algun Estado circunstancias que exijan la permanencia de determinado ministerio al frente de los negocios públicos, por más que en las Cámaras no cuente sino con minoría. En Inglaterra, por ejemplo, nacion inclinada al gobierno parlamentario por razones históricas más de lo que la esencia misma de la monarquía constitucional requiere y puede soportar, y donde entre los ministros es uso frecuente presentar con toda facilidad la dimision de sus cargos, áun cuando las derrotas parlamentarias fuesen por su importancia casi nulas, se ha visto á no pocos ministerios, el del gran Pitt, por ejemplo, mantenerse largos años en el poder contra los deseos mil veces manifestados de la Cámara de los Comunes, que le hacía cruda y tenaz oposicion (1). Mas en aquel país, esta manera de proceder tiene ménos inconveniente que en el continente, sea porque allí es mucho más grande que en otras partes la abundancia de grandes hombres de Estado, merecedores á un tiempo de la confianza del rey y de las Cámaras, sea porque el Estado inglés se halla basado sobre el fundamento firmísimo de una aristocracia esforzada, rica,

---

(1) La Cámara de los Comunes dirigió con este motivo una representacion al rey, en la cual se decía: «Porque la prolongacion de una administracion, que no posee la confianza de la representacion nacional, sería perniciosa al bien del Estado.» Más al fin y al cabo, Pitt volvió á conquistar la confianza del pueblo, y en las próximas elecciones obtuvo mayoría, Ersk. May, *Historia de la Constitucion inglesa*, I, 56 y sig.

de abolengo nobilísimo, y capaz, por lo tanto, de intimidar con sus intereses, con sus costumbres y con sus tradiciones toda oposicion desmedida (1). En los pueblos de orígen romano ó germánico del continente, á pesar de no haberse todavía conquistado la suficiente estabilidad y firmeza, apesar de la gran influencia de los elementos democráticos, puede muy bien darse la obligacion, por parte de un ministerio, de perseverar al frente de los negocios públicos, aunque toda la mayoría de las Cámaras se declare en contra suya. Si el conde de Bismark no hubiese resistido durante tantos años á la desconfianza y á la oposicion que por parte de la representacion popular prusiana se le hacía, no hubiera podido llevar la Prusia á los brillantes resultados obtenidos en 1866, ni hubiera logrado la reconstitucion de la Germanía. Esto no quiere decir que un gobierno haya de tener á ménos las demostraciones del pueblo sobre la duracion del ministerio.

El Estado normal, que vale tanto como decir aquel en que las personas obran como ministros, debe poseer á un mismo tiempo la confianza de la Corona y la de ámbas Cámaras.

c) Ante el tribunal político en casos de acusacion política. En algunos Estados, el derecho de acusar pertenece á cada una de las dos Cámaras, pero por separado: en otros, á sola la Cámara popular; y en otros á la síntesis de ambas Cámaras. Tan divididos andan los pareceres sobre quién es el que en tal caso debe proferir el juicio de acusacion, la alta Cámara ó algun tribunal especial de justicia (2).

6. La responsabilidad criminal del ministro, ó es considerada y tenida como de derecho criminal ó como de derecho público. Cuando el ministro comete una falta ordinaria, entónces no es necesaria dicha responsabilidad sino simplemente la justicia criminal como se aplica á todos en general.

La responsabilidad se refiere siempre tan sólo á las acciones ú omisiones atribuidas al ministro. Cuando en esta materia domina el punto de vista jurídico, entónces exclusiva y preferentemente se considera la violacion del derecho vigente como á fundamento de la querella y la violacion

---

(1) Véase Rob. de Mohl, *Historia y literatura de la ciencia política*, II, p. 160.
(2) Véase más arriba, lib. II, cap. 10.

de una prescripcion constitucional ó legislativa tratándose de un ministro se tiene como falta, aún cuando la misma no fuere considerada como tal con respecto á otro hombre cualquiera. Al propio tiempo, sin embargo, no se tomará en consideracion el que, segun las circunstancias, cuando sea necesaria la pública salvacion, y aún cuando no haya urgente necesidad bajo el punto de vista jurídico de los intereses públicos, deje el ministro de tener presente y aún de aplicar, teniendo para ello suficientes motivos, algun artículo de la constitucion ó algun precepto de la ley.

Cuando las Cámaras se persuadan de la realidad de dichos motivos, no entablará acusacion alguna y si creyeren que debían hacerlo, entónces el juez no debe condenar al presunto reo. Tambien debe tenerse en cuenta que mediante estos procedimientos jurídico-criminales la responsabilidad del ministro se reduce á mera violacion de la forma jurídica.

Este procedimiento del derecho público afecta asímismo en manera preferente á la actividad política del ministro. En todo caso no hace á aquél responsable de las faltas cometidas en sus actos; esto sería injusto cuando el hecho en cuestion no dependiese exclusivamente de la accion del ministro; empero, sabido es que todo Estado está sujeto á graves detrimentos á causa de las torpezas de los gobiernos y que éste puede ser juzgado con fundamento, sin que exista culpa formal tanto contra la constitucion como contra el derecho; de donde no es probable que quien toma sobre sus hombros la pesada carga de dirigir los intereses públicos de la nacion deba ser responsable de las utilidades de su administracion, como lo es el administrador de bienes particulares. Por esto despues de cuidarse que el ministro, á más de ser persona honrada é íntegra, no se haga culpable de ninguna infraccion contra la ley, puede ser legalmente obligado á presentar la dimision de su puesto, cuando demuestra su poca capacidad para llevar á cabo con la sabiduría necesaria su cometido.

En Suecia se consideran incluidos en el propio organismo los dos aspectos bajo que puede considerarse la responsabilidad. La acusacion tiene lugar en las dos clases de cancillería que los Estados poseen. En los procesos por abusos gubernativos entienden los Estados, y en los originados á causa de violacion de la constitucion ó del derecho

entenderá la córte suprema de justicia, mediando, empero, los procuradores del Estado. Si los Estados estiman fundada la acusacion, pueden, segun derecho, recomendar al rey la remocion del Consejo real ó del secretario de Estado, objeto de la acusacion; en cuyo caso, exigiendo las leyes gran capacidad de experiencia por parte de los ministros, no ménos que arraigada estimacion hacia el mismo por parte del pueblo, claro está que, faltando estos requisitos y en especial el último, desde que un ministro se ve acusado por abusos cometidos en el manejo de los negocios, el ministro delincuente habrá forzosamente de presentar la dimision. El oficio de la córte de justicia es en este caso condenar segun las leyes á los culpables, y notificar las sentencias impuestas con arreglo á las mismas (1).

El sistema inglés no admite diversos géneros de responsabilidad en los ministros, sino que la Cámara alta condena á los acusados por la Cámara baja, tanto en cuestiones de naturaleza política como jurídica. En vez de determinar exactamente los casos en que la acusacion debe permitirse para que produzca castigo; y en vez de dictar leyes sobre responsabilidad y penalidad, han tenido á bien los Ingleses resolver en cada caso particular la cuestion sin tener en cuenta más que los intereses generales del Estado (2). Severa en los primeros siglos la práctica inglesa hasta la crueldad, se ha ido en lo sucesivo de dia en dia humanizando. Se debe considerar como perfeccion del sistema lo que en América del Norte sucede, donde el Senado tiene el encargo de juzgar y tratar igualmente tanto la parte política como la primitiva que encierra la acusacion; pero al sentenciar se limita á pronunciar la pena política de la destitucion ó de la incapacidad para los empleos, dejando á cargo del tribunal ordinario de los juzgados la imposicion de penas por delitos, cuando fuere necesario dictarlas.

---

(1) Lindblad, en la *Revista extranjera y francesa de Fœlix III* § 59. *Constitucion sueca de* 1809, § 109, 107.

(2) V. á Lord Russell, *Historia de la Constitucion inglesa*, cap. 19. En Inglaterra tambien ha habido juristas que quisieron limitar la responsabilidad á los delitos, tal como se entienden en el Derecho penal. Escusado es decir que no vieron logrados sus deseos. O. de Kerchove, *De la responsabilidad de los ministros*, Gante, 1867.—A. Samuely, *Principios de la responsabilidad del ministerio*, Berlin, 1869.—Nuestro artículo sobre la responsabilidad en el *Diccionario de derecho público aleman*.

En Francia, la Cámara de los diputados no podía acusar á los altos funcionarios ante la Cámara de los Pares más que por delitos políticos; pero despues, en virtud de lo vago de la frase, se ha introducido el acusar tambien por simples abusos en el gobierno. Pueden fundar una acusacion los motivos siguientes: la traicion, palabra que comprende todo género de atentado contra la seguridad del rey y del Estado, tal como se prescribe en la constitucion; la concusion, voz destinada á significar indebida exaccion de impuestos y contribuciones, corrupcion de empleados y sustraccion de fondos públicos; y por último, la prevaricacion, vocablo sinónimo de violacion de las leyes, abusos del poder, y perjuicio de cualquier modo irrogado á los intereses del Estado (1).

En Alemania (2) se ha desarrollado de un modo especial el aspecto jurídico, en tanto que el político se tiene en bastante poco; así es que, para formar proceso y pronunciar sentencias sobre personas elevadas á cargos eminentemente políticos, solamente se acude á los tribunales de justicia del Estado. Tan sólo en Baden tiene la segunda Cámara derecho de denunciar los abusos del gobierno políticamente dañosos, nombrándose para juzgarlos una comision mixta de indivíduos de la Alta Cámara y de personas agregadas á los colegios judiciales, que en tales casos sentencian como tribunal de justicia del Estado (3).

7. A fin de que la responsabilidad del monarca no se reduzca á meras apariencias, se ha limitado ó completamente suprimido en las constituciones modernas el derecho del monarca á entorpecer las indagaciones del hecho en cuestion ó indultar de la sentencia que recaiga (4).

---

(1) V. á Rauter en el periódico de Mittermaier, escrito especialmente para conocimiento del derecho, VII, pág. 99, VIII; pág. 199, IX, página 210 y siguientes. *Constitucion de Portugal*, § 103.

(2) *Constitucion prusiana*, § 61, donde se dice: «Los ministros podrán ser acusados por las Cámaras en caso de violacion de la Constitucion y de traicion. De tales acusaciones entenderá el Tribunal supremo de justicia de la monarquía reunido en sesion.»

(3) Ley del año 1868.—V. nuestro escrito: «Relacion á la primera Cámara.

(4) En Inglaterra, Estatuto de 1690. *Constitucion belga*, § 89, donde se dice: «En ningun caso podrá el rey sustraer á un ministro de la responsabilidad, dando para ello órdenes orales ó escritas.» § 91, dice: «El rey podrá indultar á un ministro ó condenarle por el tribunal de Casacion, cuando una de las Cámaras mostrare deseos de ello.» *Constitucion portuguesa de* 1826, § 105.

CAPITULO II.

DEL CONSEJO DE ESTADO

1. Varias veces se ha calificado de inútil en nuestros dias la institucion del Consejo de Estado. Las Cámaras por un lado, suele decirse, están siempre dispuestas á discutir las leyes, y los ministros de comun acuerdo pueden por otro, adoptar todas las medidas de carácter urgente. Cuantos asuntos puedan someterse á la deliberacion del Consejo de Estado, pueden, sin género alguno de obstáculo, reservarse para el Gabinete del respectivo ministro.

Esta institucion es mucho más importante sin duda en las monarquías absolutas que en las constitucionales, puesto que en aquéllas cumple no pocos encargos de los que hoy son propios de las Cámaras. Esto no quiere decir que sea ménos útil y convéniente donde existen Cámaras que legislan. La mayor parte de los proyecto de ley que han de presentarse á las Cámaras provienen del gobierno, y su buen ó mal resultado depende esencialmente de la intrínseca bondad de lo que él ordena ó prohibe. La principal atribucion del Consejo de Estado es primero deliberar, y luego aprobar los proyectos gubernativos. En la esfera de la actividad ministerial entra á dar impulso á los negocios, indicar la marcha y dirigir los trabajos; todo esto, empero, necesita de la meditacion sosegada y prudente de un cuerpo que, alejado de la agitacion, múltiples negocios y continuas exigencias, tanto de la política como del activo servicio, como siempre rodea á los ministros, pueda consagrarse al tranquilo análisis de las cuestiones, en el que al lado de perfecto conocimiento de los negocios y gran perspicacia sobre las necesidades del Estado brille libérrimo golpe de vista sobre la legislacion y

las costumbres, fundado en gran parte en la independencia que proporciona el seguro bienestar de una vida libre de as vicisitudes de la política. Las Cámaras no son capaces de desempeñar este cometido, ni es tal su mision; á su vez los ministros carecen de la tranquilidad que el caso requiere, en tanto que una reunion de hombres sensatos, expresamente encargados de emitir su dictámen en casos difíciles, puede prestar importantes servicios al Estado sin peligro de chocar con las relaciones más importantes y usos del país. La institucion que defendemos es tambien de suma importancia allí donde siendo enteramente inestables los ministros, encuentran en la firmeza del Consejo de Estado un límite á sus pretensiones, cosa que no será muy agradable á los ministros; pero que ofrece importante garantía para la prosperidad del Estado (1).

De lo dicho resulta que el Consejo de Estado es una institucion encargada de suplir al rey en la libre reflexion y sensata deliberacion de los negocios, como las Cámaras tienen el deber de representar la opinion é intereses del pueblo. Napoleon solía llamarlo «sa pensée en délibération,» en tanto que á los ministros aplicaban la fórmula «sa peensé en exécution.»

2. El Consejo de Estado debe ordinariamente tomar parte en la deliberacion y aprobacion de las ordenanzas generales emanadas del gobierno, y en este concepto le vemos ejercer las funciones propias del cuerpo legislativo, allí donde no existe la cooperacion de las Cámaras. El monarca debe gozar de plena libertad para abrazar ó no las decisiones de un ministro; mas, despues de oir el dictámen del Consejo de Estado, no debe abrigar duda alguna sobre el partido que debe seguirse.

3. En ciertas ocasiones, cuando hay que adoptar decisiones gravísimas y más si son en pró de la seguridad pública, debe tambien consultarse al Consejo de Estado. Hay casos en que la precipitacion es tan dañosa como la tardanza, y solamente personas de gran tacto político son

---

(1) Rauter en el periódico de Mittermaier, XIV, pag. 209, hace notar sobre este particular que exámen tan diligente y sosegado por parte de hombres avezados á los negocios del Estado es indispensable muy particularmente en las naciones europeas de constitucion remota, por deberse considerar en ellas de un modo especial el derecho y la cultura bajo todos sus aspectos.

las que pueden atinar con el momento oportuno y la forma más acertada. Con esto no queremos sentar como regla general que siempre y cuando hayan de tomarse resoluciones, en cuya virtud deben temporalmente suspenderse la legislacion y modo general de proceder, para atender, mediante poderes extraordinarios, á la salvacion del Estado, sea preciso é indispensable deferir de antemano á las sensatas deliberaciones del Consejo de Estado. Lo primero y principal es que no peligre el necesario secreto con que deben ventilarse los asuntos de que dependa la salvacion de la patria amenazada por los enemigos, y que si se teme sean los consejeros de Estado rémora para la realizacion de medidas urgentes, no se comunique nada con ellos. El monarca se hallará desligado de seguir el voto del Consejo de Estado siempre que fuere obstáculo insuperable para la accion del poder gubernativo; esto, no obstante, cuidará de oir el parecer de personas tan experimentadas, ántes de adoptar cualquier resolucion definitiva.

4. Otra de las atribuciones propias del Consejo de Estado es la decision en última instancia de los llamados conflictos de administracion (1), como sería, tratándose de expropiacion, examinar si la cesion es ó no indispensable, y en cuestion de impuestos ver si ciertas especies y determinados objetos son imponibles. La actividad de este cuerpo debe tambien extenderse al análisis de aquellas relaciones privadas sobre las cuales debe ejercerse la inspeccion del Estado y cuya aprobacion les es altamente necesaria, así como la formacion de sociedades por acciones, la supresion de corporaciones públicas, la concesion de privilegios, etc.

5. Finalmente se suelen dar al Consejo de Estado facultades para que en algun modo pueda fiscalizar las acciones del ministerio, lo cual, bien mirado, es de gran importancia práctica para el rey y de utilidad para los derechos é intereses de los ciudadanos garantizados por la existencia de un elevado Consejo de Estado, ante el cual se ven los ministros obligados á rendir cuentas de sus actos y á dar satisfacciones en las quejas que sobre su manera de proceder se produgeren. De esta suerte, males que de otro modo qnedarían ocultos, salen á relucir, viniendo á vías de poder-

(1) De esto hablaremos en el lib. V, cap. 9.

se enmedar sin graves peligros para la autoridad pública, y lo que no ménos importante, se pone un fuerte remedio para lo porvenir (1).

6. La institucion del Consejo de Estado es muy antigua en Europa, por más que con muy diversas atribuciones, segun que poco á poco se iban fijando los poderes de los distintos países (2). En esta una institucion, repetimos, debe reunirse la suprema cordura y sabiduría de un pueblo, como que es su mente examinadora y deliberante en sustitucion del supremo jefe del Estado. La obtencion de un puesto en el Consejo de Estado no debe conferirse como simple recompensa en pago de largos servicios prestados á la nacion, ó como género de vida tranquila otorgada á personas encanecidas en las oficinas del Estado. Cargos tan honoríficos y dignidades de tanta responsabilidad deben reservarse para aquellos hombres de Estado que, dotados de grande espíritu y fuerza de carácter, dieron pruebas de inteligencia

---

(1) Gneis, en su obra *Der. Adm. y Const. Ing.*, hace con grande calor notar las excelencias de un gobierno dotado de Consejo de Estado sobre otro que carezca de él, y solo tenga ministerio.

(2) Acerca de la separacion del consejo del rey en Francia, *Conseil d'Etat en el Parlamento*, véase á Schäffner, *Historia del derecho*, II, pág. 325 y siguientes. Napoleon no cesaba de alabar su creacion del Consejo de Estado. Oigamos á Las Cases hablando sobre este asunto en su obra *Memoir de St. Helene*, I, p. 343: «El Consejo de Estado se compuso generalmente de hombres instruidos, laboriosos, capacísimos y de buena fama. El emperador hacía uso de los consejos áun individualmente para todo y con grandes ventajas. Considerado como corporacion era el consejo efectivo, el pensamiento del emperador en deliberacion, como los ministros eran el pensamiento del mismo en ejecucion. En el Consejo de Estado se elaboraban las leyes, ántes de proponerlas al cuerpo legislativo, resultando así que los consejeros, segun voluntad del emperador, eran tambien elemento esencial del poder legislativo. En el seno del mismo se redactaban los decretos imperiales, las órdenes relativas á las administracion pública, y se examinaban, discutían y mejoraban los proyectos ministeriales. A él se le dirigían todas las relaciones sobre conflictos de la administracion para que en última instancia los resolviese y fallase hasta el punto de que no reconocía en tales cuestiones superior ni en el tribunal de justicia, ni en el tribunal de Casacion. Todo el que tuviese quejas contra los ministros acudía al Consejo apelando en nombre del emperador, mejor informado, contra los decretos imperiales. Siempre fué el Consejo de Estado presidido por el mismo emperador, que no pocas veces se declaró en él en contra de los ministros, con el fin de que éstos reformasen su modo de obrar y depusiesen su apatía en el desempeño de los cargos, es decir, que todo el mundo veía en el emperador el defensor de las personas y de los intereses de todos aquellos que se creyesen perjudicados por la autoridad de los ministros. Todos cuantos hayan asistido á las sesiones del Consejo saben perfectamente con cuanto celo se defendían en él los intereses de los ciudadanos.»

del derecho en la práctica de los negocios. En el Consejo de Estado no debe prevalecer la influencia de los ministros, porque sus cargos son completamente diversos, y siempre que la activa direccion de los negocios, propia de los ministros se permita ingerirse en las funciones fiscalizadoras del Consejo de Estado, podrá decirse que éste no vive sino que ha muerto, y es completamente inútil. Bueno es que los ministros hablen y tomen parte en el consejo, pero esto es si tienen voto consultivo, no decisivo (1). Como última reflexion nos permitiremos decir que entre el Consejo de Estado y las Cámaras, debe regir perfecta concordia, de modo que los grandes hombres parlamentarios puedan un día esperar el ingreso en tan digna corporacion. De esta suerte resultará una garantía más en favor de la armonía entre el órgano legislativo y el gobierno, que tan fácilmente podría de otro modo alterarse.

---

(1) Constitucion Napoleónica de 1853, § 53, donde se dice: «Les ministres ont rang, séance et voix deliberative au conseil d'Etat.»

CAPITULO III.

PODER MILITAR.—EJÉRCITOS PERMANENTES Y MILICIA NACIONAL.

1. El poder militar del Estado, es, entre todos los demás, el más importante, porque plena y cabalmente se endereza á la manifestacion de la fuerza externa del Estado, estando á este fin organizado. Por consiguiente, en el cuerpo del ejército se necesitan unidad y energía en el mando y una obediencia más completa, más incondicional y universal que la necesaria en cualquier otra esfera de la vida pública, puesto que la fuerza externa, en su mayor parte, reposa en leyes físicas y mecánicas, las cuales exijen impulso no enfrenado por parte de los medios que son necesarios para el fin, hasta tanto que éste no se obtenga. Si en esta materia se pudiese dar libre desarrollo á la voluntad individual de los oficiales y soldados, entónces con la unidad del ejército se aniquilaría tambien su fuerza, llegando á faltar á su correspondiente fin. La fuerza militar del Estado es su fuerza, y el servicio del guerrero es eminentemente político, y por lo mismo noble y honroso. Esta fuerza militar debe estar aprestada tanto para la ofensiva como para la defensiva, siendo por lo tanto opinion bien rara la de aquellos que defienden (1) «que sólo la guerra defensiva es la que se conforma con la monarquía constitucional.» Mas, así como sólo debe considerarse á la guerra como un conflicto jurídico de los Estados, así tambien en ciertas circunstancias, tan necesaria es la ofensa á la nacion como lo es en las controversias privadas la acusacion al hombre privado.

---

(1) Rotteck, en la continuacion del *Derecho público de la monarquía constitucional,* II, p. 157.

El poder militar no es un poder particular del Estado que puede oponerse al poder gubernativo, como lo hace la administracion de justicia, si bien debe tenerse presente que el ejército posee, sin embargo, carácter político peculiar, el cual debe ser estimado en lo que vale. El ejército, por el contrario, es el brazo del Estado, que debe obedecer á la cabeza. El desarrollo de su fuerza no puede separarse de la política que, á su vez, debe ser determinada por el poder gubernativo, siempre que no quiera precipitarse en brazos de la estúpida barbarie del dominio de los pretorianos y genízaros.

2. La constitucion de los ejércitos ha sufrido gran trasformacion en los últimos tiempos despues del desarrollo de las tropas vasallas de la Edad Media y despues del último sistema de los mercenarios y lasquenetes, miéntras que los ejércitos europeos se han aumentado tan considerablemente que hoy llegan á amenazar á la prosperidad de los países y al libre desarrollo de la civilizacion.

Hé aquí los sistemas militares que, segun nuestra opinion, merecen especial consideracion.

a) Ejército de servicio permanente, el cual es menor en tiempo de paz y mayor en tiempo de guerra.

Este sistema, nacido en Francia, donde principalmente alcanzó su perfeccion, se ha hecho en los últimos siglos predominante en las monarquías europeas. Su caráter concuerda más con la monarquía absoluta que con las otras, puesto que da al príncipe grande y enérgico poder militar con mando exclusivo y libre, ofreciendo la particularidad de encontrarse separado, lo más posible, de la vida civil por estar exclusivamente enderezado al servicio militar. El monarca puede arbitrariamente echar mano de los ejércitos permanentes para las operaciones que puedan tener lugar, tanto dentro como fuera de la nacion, y los soldados que los componen lo mismo sirven á la política que busca las aventuras de nuevas adquisiciones, y la influencia necesaria en los países y naciones extranjeras, que para la defensa de los intereses nacionales. Por consiguiente, este sistema no debe únicamente considerarse como una defensa de la constitucion y libertad popular, sino tambien como un peligro para estos bienes. La historia demuestra la monstruosidad del aumento de la fuerza que nos ocupa, pues en tiempos de Enrique IV el ejército permanente contaba

37.000 hombres; Richelieu lo hizo ascender á 100.000, y Napoleon I, en 1812, para la guerra de Rusia, lo aumentó hasta más de 600.000. Ultimamente Napoleon III redujo el efectivo normal en tiempo de paz y ántes de la legislacion de 1868, á 400.000 hombres, siendo grande el aumento que en estos últimos sucesos ha experimentado dicha cifra.

A fin de obviar los peligros que ofrecen los grandes ejércitos permanentes á las constituciones representativas (1), el Parlamento inglés sólo ha permitido la existencia de un pequeño ejército de esta naturaleza, habiéndose reservado el conceder ó negar cada año el crédito que para los correspondientes gastos se necesita. Pero no se crea que la inmensa cifra á que se suelen elevar estos ejércitos provenga más de las condiciones y opiniones de los partidos de cada uno de los países que de las condiciones militares de los otros Estados (2), y no se olvide que la posicion insular de Inglaterra ha tenido mayor parte en la limitacion numérica del ejército inglés que la Constitucion de aquel país.

Con el principio de los ejércitos permanentes, esencialmente formados de soldados que lo son por vocacion, más que todo concuerda el sistema de alistamiento voluntario; porque la eleccion de la vida militar presupone, como en cualquier otra carrera, cierta disposicion é inclinacion individual. Las quintas forzosas que sin necesidad de ningun género arranquen á los indivíduos del seno de sus relaciones civiles, de en medio del hogar doméstico, del bullicio de sus negocios, de la tranquilidad de sus estudios, haciéndolos durante muchos años ajenos á todas estas cosas, es una violencia muy grave de la libertad personal. El enganche de las tropas permanentes reconoce esta libertad y, segun las circunstancias, levanta un ejército bastante fuerte en el cual el deber del servicio está ennoblecido por la libre eleccion del mismo (3). Es además cierto que el sistema de

---

(1) Lord John Russel en su *História de la Constitucion inglesá*, cap. 32, llama especialmente la atencion sobre el peligro que de aquí pudiera resultar á Inglaterra.

(2) Federico el Grande, en su obra *Essai sur les formes du gouvernement*, dice: «Le nombre des troupes qu'un Etat entretient, doit etre en proportion des troupes qu' ont ses ennemis; il faut qu' il se trouve en même force ou le plus facible risque de suomber.»

(3) Stahl, *Doctrina del Estado, II*, pág. 414, dice: «Los contratos de

que hablamos quita asimismo la dificultad que puede ofrecerse contra todo sistema de defensa, puesto que es aplicable tanto á los soldados extranjeros cuanto á los voluntarios nacionales. Toda nacion rica y comerciante fácilmente pierde con el ejercicio de las armas y, llegadas las circunstancias, acude con más facilidad á extraños señoríos (1).

Inglaterra, Holanda (2) y los Estados Unidos de América han conservado los antiguos métodos de alistamiento, por lo cual, estos últimos mantienen un ejército poco numeroso. Francia (3), Austria y Rusia, por el contrario, desde las lecciones dadas por la experiencia en las últimas guerras, han vuelto al sistema del servicio obligatorio.

b) El sistema de milicias, tal cual con gran resultado se usa en Suiza y áun en los Estados libres de la América del Norte, puede considerarse como la antítesis del sistema anterior. Con gastos mucho menores proporciona ejército harto mayor, puesto que adiestra en el ejercicio de las armas á todos los ciudadanos jóvenes del país, sin que por

---

alistamiento tienen algo de inmoral, puesto que en ellos se hacen objeto de compra y venta los sacrificios y servicios de la vida.» Cualquiera servicio se funda en la disposicion individual y en la determinacion voluntaria; y si se percibe sueldo es en calidad de equivalente necesario por la prestacion del servicio, no de otro modo que los empleados perciben los sueldos asignados por el gobierno. Todo el que sienta plaza de soldado no hace más que declarar su voluntad de servir al Estado en la milicia. En esto no hay inmoralidad ninguna. La historia claramente atestigua que las tropas á sueldo, áun las extranjeras, sobre todo las suizas, han mostrado las virtudes militares en grado heróico; porque la guerra tiene la propiedad de avivar de tal modo á las personas, que en ella son leones por su valor, y elefantes por su sufrimiento los que más mentecatos parecían en tiempos de paz. En todo pueblo valeroso existen elementos inclinados exclusivamente á la carrera de las armas.

(1) Sobre las ventajas que pueden ofrecer unas sobre otras las tropas nacionales, las extranjeras á sueldo, y las extranjeras aliadas, véase á Machiav. en su obra *Del príncipe*, cap. 12 y 13. Federico II dice en dicho pasage: «Las mejores tropas que puede tener un Estado son las nacionales.» Esto, sin embargo, no es verdad sino condicionalmente.

(2) La *Constitucion holandesa*, dice en el § 177: «El tomar las armas en defensa del honor é independencia del propio país es uno de los primeros deberes de todo ciudadano.» Al § 178 añade: «Cuidará el rey de que en todos tiempos se mantengan en pié de guerra las suficientes fuerzas de mar y tierra compuestas de voluntarios, ya procedentes del país ya del extranjero.»

(3) *Constitucion francesa de* 1848, § 102, dice: «Todo francés, exceptuándose tan sólo los comprendidos en los casos que marca la ley, está obligado al servicio militar y al servicio de la guardia nacional. La concesion á cualquier ciudadano para eximirse de prestar personalmente los referidos servicios debe regularse por lo prescrito en la ley del reclutamiento.»

eso se hagan éstos extraños á sus oficios civiles. El ejército es, por lo tanto, inepto para las aventuras guerreras y solamente puede utilizarse en las guerras nacionales. Por consiguiente, en perfeccion y experiencia militar queda á la grupa de los ejércitos de servicio permanente; pero es de gran importancia para la defensa del país. Su endeblez, digámoslo así, se muestra particular y palpablemente en la falta de oficiales y grados inferiores, pero su fuerza consiste en el espíritu patriótico que lo informa. No puede ser peligroso para la libertad popular, pero lanzado á una guerra séria, serán inevitables, al romperse las hostilidades, enormes sacrificios de vidas humanas y de bienes del pueblo. Por todo lo cual creemos que este sistema conviene más á á las repúblicas democráticas que á los Estados monárquicos.

c) Entre uno y otro de los anteriores sistemas está el método prusiano, el cual intenta reunir las ventajas de los ejércitos permanentes con las de las milicias populares, disminuyendo sus defectos (1). Merced á esta coordinacion, en la guerra austro-prusiana de 1866 primero, y en la franco-prusiana de 1870 y 1871 despues, Europa comtempló con estupor espléndidos resultados que no sólo sobrepujaron las esperanzas sino que tambien los obtenidos en la guerra de la libertad sostenida por Alemania contra Napoleon I.

Este tercer sistema, apoyado principalmente en la obligacion universal del servicio militar, se compone: *a*) de un ejército permanente: *b*) de un ejército de reserva: *c*) de un ejército nacional. El ejército permanente es la escuela militar de todas las tropas en general y al propio tiempo forma el núcleo constituyente y activo del mismo. Es ménos numeroso que el ejército exclusivamente permanente (1 por 100 de la poblacion comprendida entre 20 y 23 años) puesto que puede apoyarse en los otros dos elementos y además exige para su sostenimiento un presupuesto bastante reducido. Por consiguiente, los soldados están bajo las armas menor espacio de tiempo (3 años, que en la práctica á lo más se reducen á un año y medio tratándose de soldados ordinarios y á un sólo año cuando son «voluntarios» muy

---

(1) En 1843 se declaró en las columnas de un periódico Luis **Napoleon** decidido partidario del sistema prusiano y opuesto al franco.

bien educados) siendo, por esto, bien presto posible que vuelvan unos y otros á dedicarse á las ocupaciones que ordinariamente tienen en la sociedad. Por otra parte, puesto que las quintas se extienden á la mayor parte de los jóvenes, todo el pueblo se educa militarmente, y en su seno se desarrollan las virtudes civiles miéntras que por sus venas corre el espíritu de la política. Esta escuela, pues, ejerce influencia más intensa y eficaz que la propia del ejército ordinario, y crea, como ésta, tropas verdaderamente populares. Ahora bien, como grandes eslabones del núcleo del ejército permanente vemos unidos á éste la reserva que se extiende á cuatro años más, y la milicia nacional que comprende los últimos cinco años del servicio, elementos que sirven con el ejército permanente, pero que en tiempo de paz sólo toman parte en los ejercicios militares.

El sistema prusiano aleman, siguiendo el modelo primitivo de la constitucion de los ejércitos prusianos, apoya la organizacion de los distintos cuerpos del ejército, de sus divisiones, regimientos y batallones en las diversas provincias y territorios del país, de suerte que siempre sirven juntos los mozos de la misma edad y del mismo departamento, miéntras que este nuevo sistema francés, por lo demás modelado segun el anterior, y el espíritu de igualdad de la nacion hacen que los regimientos sean, sin reparos de ningun género, sacados de unos departamentos á otros cualesquiera de Francia.

Así como el ejército permanente está principalmente destinado á actuar el primero, la milicia nacional tiene por fin principal la defensa del país y servir como reserva (1).

(1) Stein, citado por Gneisenau (*Vida de Stein de Pert*», II, p. 353) solía decir: «En tiempos de paz la milicia es una escuela de preparacion para el ejército, puesto que, gracias á su influjo, se conservan en una nacion, tanto los conocimientos militares necesarios, como el espíritu marcial, acompañado, para que pueda ser útil, de la educacion técnica, de la generalizacion de los principios de la guerra, y de útiles ejercicios gimnásticos. Una vez en estado de guerra, la milicia sirve al ejército de reserva y depósito. Con este medio se obrará en contra de la tendencia de muchísimos artesanos y hombres de letras totalmente opuestos á la milicia, se atacarán fuertemente las escisiones entre las diversas clases de la sociedad, y se reanimará en todos los ciudadanos el sentimiento del deber, moviéndolos á que por observarlo sacrifiquen sus vidas. Las consecuencias inmediatas de semejante institucion, son, en primer lugar, la universalidad de la obligacion de servir en el ejército, ineludible para todas las clases de la sociedad civil; y en segundo, la formacion de cierto carácter nacional, animoso y guerrero, capaz de resistir largos años

Mas, segun el derecho prusiano, en casos de necesidad todo el ejército puede ser llevado á guerras exteriores (1).

Esta constitucion militar, por otra parte, no se acomoda bien para servir á las miras de cualquier política aventurera y opresora, pero es poderoso medio de defensa y ofrece la mayor confianza á la política nacional, brindando por lo tanto con grandes ventajas á la monarquía representativa.

Por este motivo es necesario que la milicia nacional conserve cierto vínculo orgánico con el ejército permanente, de modo que toda la fuerza militar de un pueblo determinado, forme de suyo un cuerpo único, y la milicia nacional tenga parte en las glorias del ejército de línea como éste en la popularidad del ejército nacional. Por el contrario, la oposicion de estos dos elementos da resultados muy perjudiciales, así que, cuando al ejército pagado y régio se opone otro ejército popular y parlamentario, esta rotura, digámoslo así, debilita la fuerza del Estado; y el pueblo cae en brazos de hostilidades intestinas, de suerte que miéntras por una parte la amenaza se cierne sobre la autoridad del poder público, por otra va á caer sobre la libertad de los ciudadanos.

3. La leva general es, finalmente, una institucion para los casos de gran necesidad: no forma parte del ejército propiamente dicho y su perfeccion técnica es harto limitada. En ella se comprende el conjunto de la poblacion varonil, que, sin servir ya en el ejército permanente presta, sin embargo, sus servicios en la milicia nacional, y no carece de las fuerzas suficientes para tomar las armas en defensa de la nacion, comprendiendo á los indivíduos, desde los 17 hasta los 22 años, segun la legislacion alemana

---

los planes de conquista de cualquier potencia extranjera, y de hacer frente con guerras enteramente nacionales, á los más irresistibles ataques enemigos.

(1) La Constitucion española de 1837 dice en su § 77: «El rey en casos de necesidad puede dictar órdenes á la milicia nacional dentro de la respectiva provincia; pero si para cumplirlas fuere necesario salir de la propia provincia, el rey obtendrá ántes el consentimiento de las Cámaras.» La Constitucion belga dice, § 123: «La movilizacion de la guardia cívica, sólo tendrá lugar en virtud de una ley.»

(2) La Constitucion prusiana dice, § 35: «El ejército comprende todas las fuerzas, así las de servicio permanente, como la milicia nacional. En casos de guerra podrá el rey, segun las disposiciones de la ley, poner sobre las armas la leva general.

de 1875, (1). En las grandes poblaciones de las montañas, áun las mismas mujeres han formado parte del cuerpo que nos ocupa, habiendo sabido conservar su puesto al lado de los varones. Esto, sin embargo, sólo ha tenido lugar excepcionalmente, pues por regla general meramente los hombres tienen obligacion de prestar semejante servicio.

La organizacion de esta leva debe conservarse unida á la fuerza general y, por consiguiente, debe depender del jefe supremo del Estado. En particular podrá ser ordenado este cuerpo segun la mayor ó menor idoneidad militar de los indivíduos que lo componen, y, siendo incapaz para el asalto y maniobras militares, puede, sin embargo, prestar buenos servicios en la defensa de regiones especiales y para molestar y perseguir á la hueste enemiga ya desconcertada por el ejército.

4. Este no puede determinar por sí mismo el fin por el cual ha de tomar las armas, pues de suyo el poder militar no puede, por regla general, ingerirse en las relaciones civiles. Por esto las tropas se pondrán en movimiento al mando del jefe supremo del Estado, del cual recibirán impulso y direccion para las operaciones. Por esta relacion de superioridad los elementos del ejército pueden ser reclamados por las autoridades civiles para prestar ciertos servicios particulares y necesarios para la conservacion de la tranquilidad pública (2).

---

(1) La leva alemana, en la gran mayoría de la masa que la compone comprende hombres ejercitados en el ejercicio de las armas, y que por lo tanto, pueden ser excepcionalmente utilizados como complemento de la milicia nacional.

(2) La Constitucion austriaca del año 1849, dice, § 114: «Dentro de la nacion no se movilizarán las fuerzas sin el consentimiento de la autoridad civil en los casos y forma prescritos por la ley.» La prusiana, § 36, dice: «La fuerza armada podrá emplearse en la represion de los motines y desórdenes que en el país se produjeren, así como para obligar á los ciudadanos á cumplir las leyes, todo por supuesto en los casos y formas prescritas por nuestras leyes, y á peticion de la autoridad civil. La ley establecerá las excepciones que hubieren de hacerse bajo el anterior concepto.» La francesa de 1848, § 105, dice: «La fuerza pública encargada de restablecer el órden interior, donde fuese alterado, obrará solamente apoyada en órdenes terminantes de la autoridad constituida, en atencion á que ésta cumple con la mision que le fué impuesta por los poderes legislativos.»

CAPITULO IV.

LA POLICÍA

1. Naturaleza de la policía.

El concepto moderno de la policía no ha logrado aclararse sino muy poco á poco. Las teorías de derecho público, en nuestros días tan difusamente tratadas, adolecen de defectos muy graves, á los cuales deben tal vez en parte la oposicion que sufren en la práctica. Hay ocasiones en que, señalándose á la policía un campo de actividad reducido hasta el extremo, se la juzga inepta y supérflua, á pesar de ser su cometido ingerirse benéficamente donde quiera que el cuidado de la prosperidad pública lo exige. Otras veces, por el contrario, se la estimula y consiente hasta el punto de que, extendiendo imprudentemente su poder hasta las relaciones que de ningun modo están sometidas á su tutela, pone impedimentos y obstáculos á la libertad de los individuos en la esfera de la vida privada, que debiera ser inviolable para la policía.

El oficio de la policía no es castigar, sino vigilar; y, sin embargo de ser el fin de todos sus actos la prosperidad de los ciudadanos, no es raro verla hecha blanco de los abusos y del ódio del pueblo, que tan ingratamente le paga los cuidados que por él se toma. La policía por su destino debería ser el poder más simpático y popular del Estado; ¿cómo se explica, pues, que sea de hecho el poder más aborrecido de todos? ¿De dónde nace esta contradiccion? No se nos replique con aquella contestacion tan sabida de que la policía no es temida y odiada más que de los hombres facinerosos y perdidos; porque no siempre es esto cierto. A este pro-

pósito hacen muy bien aquellos versos de Goethe puestos en boca de Mefistófeles:

> «*Ich weisz mich trefflich mit der Polizei,*
> *Doch mit dem Blutbann schlecht mich abzufinden.*»

Hay hombres de vida perfectamentamente honrada y moral que tiemblan en presencia de la policía, y que procuran por todos los medios posibles no rozarse en poco ni en mucho con ella, y, no pudiéndose explicar este fenómeno por la perversidad de conciencia de tales personas, es preciso buscar su razon de ser en otros motivos.

En el antiguo Estado romano, donde la policía estaba grande y poderosamente organizada, no se encuentra ni el más mínimo indicio de que sus indivíduos fuesen objeto del ódio de que tratamos. Los más nobles personajes de la república cifraban su gloria en el ejercicio de los cargos de policía. La Edilidad, puerta por la que se entraba á los más encumbrados puestos de la república romana, era un cargo más que todo de policía. La Censura que, por su nobleza moral, era el puesto más codiciado de cuantos ambicionaban honores, tenía principalmente por cargo suyo inspeccionar las costumbres. La policía política era desempeñada por los jefes del Estado, por los cónsules. La policía romana no puede decirse qué estuviera organizada como una institucion independiente, sino que se la repartían los diversos magistrados, que de ella recibían, en cambio, grande poder y gloria. La comparacion de estas condiciones de la policía antigua con las de la moderna no puede ser más vergonzosa para las naciones de hoy día.

El poder de policía germánico anduvo en la Edad Media casi por tierra, y éste es uno de los principales motivos que han puesto al Estado moderno en condiciones bien difíciles, y expuesto no pocas veces á rudas perturbaciones. El importantísimo elemento moral, verdadera esencia de toda policía, anduvo en la Edad Media completamente supeditado á los caprichos del Estado. Bajo el punto de vista religioso, la Iglesia absorbió todas las relaciones morales de la vida humana, porque el Estado, haciéndose atrás, la dejó á su cargo toda la educacion moral. Además de esto, efecto del carácter propio de la Edad Media, resultaba en ella grandemente favorecida la independencia de los gremios

particulares, de las familias é individuos, con detrimento de la comunidad muchas veces, hasta el punto de que, poderes enérgicos y eficaces, cuales exigen las funciones de la policía, no pudieron en modo alguno echar profundas raíces. A cada paso que la autoridad intentaba dar, tropezaba con la insuperable muralla del derecho, ante la cual tenían siempre los poderes públicos que retroceder, cediendo tal vez el campo á la arbitrariedad de los particulares.

La reaccion que á fines de la Edad Media se planteó condujo á vicios enteramente opuestos. Robustecido el Estado con la mira de acarrear á los pueblos toda la felicidad posible, comenzó á ingerirse en todas las relaciones de los ciudadanos, fuesen ó no de naturaleza esencialmente individual. De aquí resultó un sistema de tutela y de regencia universal, que considerando á todos los hombres como niños, les restringía muchísimo las libertades civiles. La fé religiosa, las costumbres, las comidas, los vestidos, las habitaciones, los oficios, el comercio y el modo de vivir, todo, absolutamente todo, había de ser reglamentado por el Estado y á todo había que someterse por amor al mismo. Un movimiento semejante, bien intencionado en el fondo, aunque pésimamente entendido, porque no hacía más que favorecer la inmoralidad de todos cuantos participaban de algun poder, exponiéndolos á cometer innumerables abusos, hubo de quedar completamente postergado ante su antítesis, que puso todos los medios posibles para negar á la policía los poderes perjudiciales á la prosperidad del Estado, y dejarla tan sólo reducida á velar por la seguridad pública y privada.

La mision política de lo porvenir con relacion á la policía es revivirla, ennoblecerla con el espíritu de la moral y de la gloria, y trasportarla del campo de oscilaciones en que se halla á otro en que se equilibre y organice.

Con este fin, ante todo, se debe reconocer la idea de la policía, y despues asegurar lo que realmente le pertenece y lo que no está en sus atribuciones. Como el mismo nombre que lleva claramente lo demuestra, la policía es un poder total y específicamente público y gubernativo. Deber y esencia de la policía es el cuidado de la seguridad y prosperidad públicas en todas las necesidades cuotidianas, y, ordenando lo necesario y lo indispensable, se nos presenta como autoridad pública que manda y prohibe.

Este necesario cuidado se extiende á todo el órden público y no simplemente al órden jurídico ó al órden de la conveniencia, puesto que se considera irremisible y forzosamente necesario, tanto para el sostenimiento de la cultura de un país ó de una localidad, como para el órden estético que debe dominar en los pueblos y ciudades, como, por ejemplo, en las fachadas de las casas y en las plazas públicas. Asímismo la esfera de su actividad abarca todo lo que dice relacion con la seguridad pública, no ya simplemente con la seguridad jurídica, que en su mayor parte está encargada de semejantes particularidades por justicia, y que, por lo tanto, necesita ménos de los auxilios que puede prestarla la policía, miéntras que hace esfuerzos por librarse de todos los peligros que amenazan á la sociedad, áun por parte de los agentes naturales, como son: agua, fuego, enfermedades, desgracias. Así como la política, no la policía, mira en conjunto por el bienestar general, así tambien es necesaria la vigilancia de la policía en casos aislados y de menor monta, como, por ejemplo, cuando se trata de la construccion de un canal, valiéndose para ello de apremios, de la restauracion de los puentes que son necesarios para el tránsito, de proporcionar descanso á las clases trabajadoras. Finalmente, la policía debe mirar por la libertad de los vecinos de las poblaciones, y en particular por la libertad de conciencia contra los abusos de la autoridad eclesiástica.

La policía, más que ninguna otra institucion del Estado, obra sin ningun género de interrupcion y vuela á todas partes para acudir á las necesidades. No puede, permítase la expresion, entregarse al sueño ni estarse brazo sobre brazo. Si pudiese permanecer ociosa, éste sería el signo más evidente de su muerte para la vida ordinaria.

Donde surge violentamente la necesidad pública, allí debe espontáneamente extender su mano y llevar los auxilios necesarios. Tiene voluntad propia y sin rodeos de ningun género, independientemente la reduce á acto. Por esto, repetimos, que es un poder *sui generis*, y en sentido muy particular.

Sería cansarse en vano querer establecer con exactitud las diferencias existentes entre las diversas direcciones que pueden seguir las funciones de la policía, así como determinar y ordenar con minuciosa escrupulosidad las di-

versas maneras en que aquéllas se nos ofrecen. La policía parte del centro del Estado, siguiendo todas las direcciones del círculo, y sólo puede satisfacer á todos los movimientos de la vida, porque ejecuta con libertad interna lo que el momento y la especialidad de cada caso particular, siquiera sea imprevisto, exigen. Sus manifestaciones son tan varias y tan diversas como los mismos fenómenos de la vida á que aquélla se refiere (1).

De lo dicho se infiere que cierto género de arbitrariedad, por ejemplo, la libre eleccion de los medios oportunos para la consecucion de determinados fines, sin más que echar una rápida ojeada sobre la necesidad, es inseparable de la esencia de la policía; porque es imposible encerrar préviamente dentro de ciertos límites las reglas fijas que han de guardarse en las causas y modos de las distintas operaciones. Toda legislacion municipal que quisiere arreglar todo lo que en lo porvenir puede ser necesario, no sólo sería de todo punto imposible, sino que cuanto mayor fuese su fuerza obligatoria tanto más daños acarrearía. No sería ménos perjudicial la adopcion de resoluciones absolutas. La policía debe respetar muchísimo el órden jurídico existente, y, á no mediar verdadera y urgente necesidad, se guardará muy bien de desatender ó violar cualquier derecho existente, público ó privado: donde los particulares por sí mismos provean á las necesidades que ocurriesen, está dispensado de intervenir ningun agente de órden público. La policía debe mirar como ley suprema las necesidades del público

(1) Stahl, *Doctrina del Estado*, II, p. 428 dice: «La policía es el campo más rico de la administracion del Estado; le pertenece y forma su principal esfera de accion todo cuanto se relaciona con el fin é intereses de la existencia humana. La justicia, poder que sólo debe mostrar su actividad cuando los ciudadanos violan los unos los derechos de los otros, tiene por oficio conservar el derecho y restablecerlo donde fuese alterado; para la hacienda existen límites razonables que se guardará de traspasar, con el fin de espaciarse en el infinito: no ménos definido y concreto se halla el poder militar destinado tan solo á obrar cuando las apremiantes necesidades lo exijan. En cambio, las funciones políticas, propiamente dichas, son exclusivamente de la policía (?).» Rohmerin en la obra titulada: *El cuarto estado y la monarquía*, se expresa de esta suerte: «La esencia de la policía consiste en ingerirse en los momentos más oportunos. Su actividad, parecida en ésto á la vida, no puede someterse al cálculo. Restringirla por medio de procedimientos que la obliguen á usar estas fórmulas en vez de aquéllas, ó coartarla en virtud de minuciosos preceptos sería convertirla en cadáver.»

en las múltiples manifestaciones exteriores de que son susceptibles, y, como suprema obligacion, la conveniencia y conformidad de sus actos con el fin de la institucion.

La arbitrariedad con que la policía dicta y ejecuta las órdenes le hace sumamente peligrosa para el Estado y áun más para los particulares. De abuso en abuso, y de vejacion en vejacion podrá llegar á convertirse en insufrible tiranía, si el derecho público no se muestra resuelto á desterrar y castigar severamente los abusos. Para atajar las pretensiones de la policía contamos en los tiempos modernos con dos elementos; uno la facultad de presentar quejas contra ella ante algun tribunal superior de policía, y otro la limitacion de los poderes consignada en un código ex-profeso formado para la policía. El primer medio es bastante difícil de plantear por la aversion que en todos los tribunales superiores de policía se echa de ver á poner en peligro la autoridad de los indivíduos pertenecientes al cuerpo dando en contra de ellos la razon á las personas que llevasen quejas al tribunal. El segundo medio es bastante á propósito para infundir en los oficiales de policía, al ménos en los casos de faltas ordinarias y en las infracciones leves de los reglamentos municipales, hábitos de comedimiento y miedo de excederse en el castigo; en cambio por este camino, además de no poderse obtener más eficaces remedios, se cae muy facilmente en el vicio opuesto de reducir de tal modo el campo de accion de la policía que se coarte no poco el libre movimiento de que tanto necesita.

Debemos reconocer que en este punto le falta algo que andar al derecho público moderno si ha de llegar á la perfeccion. Parécenos que tal vez fuese conveniente resucitar ó, al ménos, imitar en nuestros tiempos alguna de las instituciones romanas. El principio romano de la intervencion de magistrados de igual ó superior categoría ó de personas expresamente comisionadas al efecto, como eran los tribunos de la plebe, sería muy conveniente para la organizacion de la policía. Donde quiera que se hace preciso el desarrollo de una accion rápida y enérgica, debe tambien encontrarse eficaz poder moderador que, dado el caso, despliegue súbitamente igual energía en sentido contrario: tal efecto no es fácil de obtener de un modo satisfactorio por medio de instituciones que en superior, y tal vez última instancia,

examinen las cuestiones, y sí lo es mediante el veto ó el nego de oficiales de igual categoría (1).

La independencia y libertad en el desempeño de ciertos cargos aparecen justificadas, cuando de parte del que las ejerce existe el contrapeso de la más estrecha responsabilidad. A medida que crezca la importancia de la libertad otorgada, debe crecer la gravedad de la responsabilidad. Para esto, sin embargo, se necesita que se ponga en vigor otra legislacion sobre la queja, muy diversa de la que hoy nos rige, á fin de que se garanticen y armonicen suficientemente dos necesidades y aspiraciones enteramente diversas; la necesaria independencia de que debe disfrutar la policía para atender á todo lo que dictaren las necesidades urgentes é inesperadas del Estado, y el derecho que asiste á los ciudadanos de no ser atropellados por ningun poder. Los representantes de la policía, áun los de más alta categoría, han de hallarse persuadidos de que no se les juzgará conforme á las exigencias de los jueces civiles, sino con aquella consideracion que requiere la naturaleza y fines políticos de la institucion á que pertenecen; lo cual, sin embargo, no será obstáculo para que si, depurada la verdad, se descubriese la existencia de algun abuso, deje el reo de sentir sériamente sobre sí todo el peso de las consecuencias, y esté obligado á resarcir con la debida pena los perjuicios inferidos á los ciudadanos.

Aún más importante, como que de él depende la prontitud en el cumplimiento de las órdenes, es el ensalzamiento y reforma del personal de policía. Tambien en este punto tiene mucho que aprender el derecho público moderno del derecho romano. Si la policía ha de aparecer como fuerza moral importantísima en un Estado, fuerza es sean llamados á desempeñar las principales funciones de la institucion las personas más acreditadas de íntegras y eminentemente morales. En Federico Rohmer, autor que, inspirándose en las más culminantes necesidades políticas del Estado mo-

(1) E. de Mohl (en su obra *Ciencia de la policía*, tercera edicion. 1866, I, p. 42) sostiene la idea de que en los tiempos modernos no se puede aplicar á la organizacion de la policía el sistema de que hablamos. Convenimos con este autor en que la organizacion de la policía necesita trascendentales reformas; que le vendría perfectamente la cooperacion de los ciudadanos más honrados, hecho lo cual podría con grandes ventajas plantearse la reforma por nosotros indicada.

derno, ha expuesto y desarrollado la mejor organizacion de la policía que se conoce, hallamos la idea de que el medio más á propósito para la satisfaccion de las necesidades expuestas y el más conducente es la institucion de una órden numerosa, que, juntando en uno el carácter, la fuerza activa y las tendencias de todos sus miembros, sin hacerlos aparecer como empleados burocráticos, los manifieste al público desempeñando honoríficos cargos y ofreciendo por su misma cohesion y organizacion la más perfecta responsabilidad.

La institucion de los jueces ingleses de paz es la primera corporacion que el Estado moderno puede presentar compuesta de personas entendidas é independientes, y encargadas de algunas de las funciones de policía.

CAPITULO V.

ORGANIZACION Y FUNCIONES PRINCIPALES DEL PODER DE POLICÍA.

En la esencia de la policía debemos distinguir dos direcciones principales, una negativa encaminada á hacer desaparecer los daños que amenazaren á la sociedad, y á remover los obstáculos que al libre movimiento de la misma se pusieren; otra positiva que tiene por objeto la busca diligente del bien comun. Dan á la primera el nombre de *conservativa* por dedicarse á defender la seguridad del país, en tanto que á la segunda suele llamarse *productiva*, ó policía de prosperidad (1). Esta division de funciones no es

(1) Es ciertamente extraña y ridícula la pretension de ciertos publicistas al sostener que el Estado no sea más que un ordenamiento jurídico, refutando de paso la policía de prosperidad, parte tal vez la más importante y saludable en la práctica de cuantas encierra la policía. Aretin, por ejemplo, en la obra *Derecho público constitucional*, II, página 178, confiesa terminantemente: «que la policía que vela por la prosperidad no es más que flagrante violacion de la libertad de los ciudadanos del Estado.» Resulta, empero, que, al defender su teoría, usa de los argumentos más cómicos y ridículos, pues segun él, el derecho y la prosperidad (*justitia et salus*) se contradicen mútuamente, cual si la seguridad procedente al derecho haya necesariamente de conducir á la ruina de la prosperidad, y cual si las exigencias de la prosperidad hubieran de importar por precision la destruccion del derecho. A ser verdad lo que Aretin defiende, no vemos la utilidad que reportaría el hacer del derecho el fin único del Estado, al cual deberíamos mirar en tal caso como un lugar de reclusion y de fuerza, incapaz de sufrir la influencia de la prosperidad, y dechado perfecto del infierno que el Dante pintó y donde era imposible todo género de felicidad. Lo mejor será que le oigamos á él mismo: «Al defender, dice, que el dominio del derecho junto con la prosperidad nacional constituyen un mismo fin del Estado, se juntan en uno dos cosas diametralmente opuestas la una de la otra. Pedir al Estado el dominio del derecho, significa obligarlo á cuidar y proteger los derechos de todos los ciudadanos; exigir del mismo el fomento de la prosperidad, significa lo mismo que exhortarlo á que

más que de concepto, pues en la práctica, lejos de separarse dichos movimientos directivos, obran de comun acuerdo en todas las funciones de la policía. Hay muchos casos en que para dejar á la sociedad libre el movimiento de la vida no hay más que remover los obstáculos que se le oponen al paso. Estando sometida á la policía la persecucion de la canalla, es evidente que no podría verificarlo sin una gran libertad de accion. En estos casos empero necesita, si ha de cumplir con su obligacion, juntar á las disposiciones negativas las positivas. En las epidemias, por ejemplo, debe cuidar no sólo de recoger y aislar los atacados, sino tambien de prestarles todo género de socorros. En casos de destruccion de los puentes que establecen la comunicacion entre los barrios de una ciudad ó entre las provincias de la nacion, está obligada á cuidar de la pronta construccion de otros provisionales. Por este motivo debe tenerse por defecto en la policía moderna el montarla de modo que pueda impedir todo género de males, pero en cambio sea inepta para practicar toda especie de

---

viole los derechos de los indivíduos (?), en razon de que, como es sabido, todos los medios que pudieran promover la grandeza, el poder, la gloria y el bienestar de una nacion, por regla general, suelen ser perjudiciales á los derechos inviduales (?). Los que exigen, pues, del gobierno ambas cosas, le dejan en plena libertad de elegir (?) la que mejor le parezca, á fin de que pueda escoger aquélla que pareciere poder producir más espléndidos resultados.»—La policía no es peligrosa para la libertad ni amenazadora para el derecho cuando se interesa en pró del bien comun, sino cuando desempeña inepta é ilegítimamente su cargo. Consúltese la obra maestra de R. Mohl, *La ciencia de la policía*, Tubinga, tercera edicion, 1866. En el lib. I, p. 10, se inclina á no atribuir á la policía más que su objeto negativo, ó sea la «remocion de todos aquellos obstáculos que pudieran servir de impedimento al progreso bajo todas sus fases lícitas, y de lo cual á duras penas podría cuidar ninguna sociedad particular y muchísimo ménos ningun indivíduo de los que componen el Estado.» De aquí deduce la necesidad de ciertas instituciones consagradas á procurar el bien público.—Gustavo Zimmermaun hace consistir en la defensa del órden la principal incumbencia de la policía (*La policía alemana*, Hannover, 1845, tercera parte; *Esencia de la policía*, Hannover, 1852). Este autor no limita las funciones de la policía al mero cuidado de la seguridad pública, pero al enumerarlas despues y al declarar como esenciales para fijar la definicion formal, la vigilancia, la represion y la investigacion, pasa por alto ú omite de propósito la verdadera y positiva facultad coactiva.—L. Stein en su obra *Doctrina administrativa*, Stuttgart, 1867, distingue perfectamente la policía administrativa de la policía de seguridad tomada estrictamente, y, sin embargo, al definir el vocablo, dice que no es propia de la policía otra funcion que la de defender al público de los peligros que puedan sobrevenirle.

bien, con especialidad los del órden moral. El organismo de la policía no debe, por tanto, constituirse de modo que las dos direcciones ó tendencias que hemos dicho aparezcan enteramente separadas la una de la otra, y mucho ménos de suerte que aparezcan reñidas entre sí hasta el punto de hacer inútil é ineficaz la institucion.

Hay, últimamente, que considerar en la policía dos tendencias distintas por cada una de las cuales recibe nombre especial; una la *preventiva*, palabra que da á entender el cargo que tiene la policía de prevenir los daños que en lontananza amenazaren á la sociedad y de atajarlos con útiles disposiciones; y la segunda la *represiva*, en cuya virtud le reconocemos el derecho y obligacion de reprimir severamente los atentados contra la pública seguridad, y de remediar los males que ya hubieren sobrevenido.

La division anterior tiene un defecto, y es de no tener presente más que la propiedad conservativa de la policía, incluyendo tan sólo indirectamente la productiva. Esto basta para que se la tenga por incompleta, por más que haya cundido en muchísimas partes el error de que el oficio de la policía es puramente preventivo. Cuando la policía toma á su cargo velar por la salud pública, y para ello se consagra á hacer que se cieguen los pantanos, se supriman las calles estrechas y tortuosas, se abran espaciosas y anchas plazas, se purifique el ambiente, y se abran ricos manantiales de agua, consigue, aunque indirectamente, la desaparicion de gravísimas enfermedades, é influye no poco á hacerlas ménos mortíferas, si desgraciadamente se presentasen. Empero, al realizar todo esto, no obra en calidad de preventiva ó represiva, sino en cumplimiento del singular y positivo cuidado con que debe velar porque no se alteren las condiciones normales que la salud pública requiere. Y aquí tenemos expresada la funcion casi más esencial de la policía.

Mucho mejor nos parece aquella division y organizacion de la policía que se funda en la diversidad de las principales esferas de la vida, para cuya atencion fué aquélla creada (1). Pudiéndose las circunstancias de la vida variar in-

---

(1) Mohl ha ordenado con suma razon su obra atendiendo á este principio. Véase tambien á K. Bräter, *Periódico para la práctica administrativa*, 1855, núm. 2.

definidamente, es preciso para remediar sus necesidades crear instituciones de miembros capaces y entendidos en el modo especial de proceder en todos los casos. Siendo imposible desligar completamente entre sí las diversas esferas en que la actividad humana se desenvuelve, es necesario no olvidar que las materias con que tal vez se encuentre relacionada la policía, no pueden reducirse á formar parte de la division que vamos á exponer, por ser tan difícil formar un estado completo en que figuren las *variæ causarum figuræ* de la necesidad.

Está completamente de acuerdo con nuestra idea sobre el estado el articulado siguiente relativo á dichas principales esferas de la vida:

I. La alta policía política ó sea policía del Estado, en su sentido más estricto. Comprendemos en este artículo toda aquella vigilancia que para la existencia y seguridad interior de un Estado debe desplegarse. Todo cuanto amenace perturbar la tranquilidad de un país, reclama la activa intervencion de la policía, que en ninguna otra cosa más que en esta puede dar brillantes pruebas de su carácter político. En la mayor parte de los casos serán suficientes los medios físicos y morales como ordinariamente se prescriben en las leyes ó que de ellas fácilmente se derivasen segun declaraciones jurídicas. En los casos de extraordinaria necesidad, la policia se constituye en verdadero poder excepcional, que, anteponiendo la salvacion del Estado á toda otra consideracion, desplega para lograr su fin, su inmensa fuerza política.

II. La policía individual ó sea la vigilancia desplagada en defensa de la existencia y seguridad del derecho de los particulares.

Comprendemos bajo este título:

1. El reconocimiento de los alimentos de las poblaciones. (Policía de provisiones). Los Romanos, tan prácticos en todas sus cuestiones, juzgaban ésta como una de las funciones más atendibles por parte de los magistrados superiores. Los tribunos de la plebe y los curules en su principio se esmeraban porque en Roma no faltase la suficiente provision de granos; más tarde fueron los emperadores los que tomaron á su cargo el desempeño de tal obligacion, en lo cual procedieron con tanto celo (1) que de aquí se originó en gran

---

(1) Tácito en sus *Anales*, dice de Augusto: «Militem donis, *populum*

parte aquel prestigio de que casi siempre disfrutaron entre las masas populares de Roma.

El interés privado y la diligencia de los particulares llevarán, sin duda, en cuestion de alimentos, la parte mejor y principal; pero al Estado, á su vez, compete prevenir las desgracias acerca del particular y mitigarlas, dictando oportunas medidas gubernativas, aunque esté plenamente convencido de que no podrá remediar todos los males.

Puede alguna vez llegar á tal extremo la necesidad que únicamente el enérgico poder de la policía del Estado pueda prevenirla de algun modo, debiendo á este fin el Estado ayudarle con todos los medios á su alcance. En tales casos, la policía, el gobierno de la nacion y la iniciativa particular adunados, deben con urgentes y preparatorias disposiciones salir al encuentro á la amenazadora carestía. Como recursos á propósito para tales casos, podrán adoptarse, establecer y favorecer la libre importacion, facilitar los medios de trasporte al tráfico comercial, adquirir por cuenta del Estado grandes almacenes y llenarlos de granos, reducir el consumo por todos los medios que se pueda, poner obstáculos, si es posible, á la exportacion de sustancias alimenticias, y otros de índole parecida (1).

Pero áun la misma policía puede quedar mano sobre mano ante el tráfico ordinario de cada dia; pero cuando manifiestamente la usura usa de malas artes con respecto á lo que sirve de sostenimiento al pueblo, sacando provecho de la miseria general para hacer que el arte halle más caros los medios ordinarios de la vida, entónces dicha autoridad no puede cerrar sus oidos ante las justas quejas del pueblo, sino que debe poner freno á ese monstruo que, á manera de gangrena, se extiende sobre el comercio y absorbe el nutrimento necesario del pueblo. Debe el Estado cuidar de que los hombres podamos vivir los unos junto á los otros y de que la libertad y el derecho de algunos no llegue á convertirse en arma de opresion é injusticia en contra de la multitud.

---

annona cunctos dulcedine otii pellexit. Thiers, *Rèvol. franc.*, II, 213: «L'ancienne police avait rangé le soin des subsistances au rang de ses attributions, comme un des objects qui intéressaient le plus la tranquilité publique.»

(1) Mohl, I, p. 322, y sig.

2. El cuidado por la salud corporal del pueblo. (*Policía sanitaria.*) A esta materia pertenece:

a) La inspeccion sobre los médicos, cirujanos, farmacéuticos y matronas, permitiendo solamente el ejercicio de estas profesiones á personas reconocidas como capaces, y alejando de él á los charlatanes y curanderes. En la mayor parte de los Estados modernos existen instituciones particulares, ya para la administracion de la policía sanitaria, ya para el ejercicio de las artes médicas en los casos en que se halla interesado el Estado.

b) La conservacion de las condiciones fundamentales de la vida sanitaria de la comunidad, y la remocion de las causas generales de determinadas enfermedades, por ejemplo, cegamiento de pantanos, limpia de inmundicias, sistema de alcantarillas, riego de calles, etc.

c) Medidas públicas encaminadas á impedir ó limitar las enfermedades contagiosas, por ejémplo, cuarentenas, lazaretos y vacuna.

d) Aumento de mercados abundantes en materias alimenticias, y prohibicion de alimentos mal sanos é impuros, así como vigilancia sobre las sustancias venenosas, etc.

e) Instituciones públicas para curar y asistir á los enfermos hasta donde no pueden llegar los mismos cuidados de la familia, como son hospitales, casas para mendigos establecimientos de maternidad, baños públicos, refugios para los náufragos.

f) Al cuidado por la salud de las enfermedades propias de la humanidad, deben tambien añadirse las medidas necesarias para la distribucion, proporcion y sanidad de los animales á fin de evitar la epizootia.

g) La lucha de leyes que amenazan las instituciones y medios de subsistencias propios del hombre.

3. El cuerpo de seguridad al cual pertenece:

a) El cuidado del cuerpo de vigilancia. En efecto, tanto la gendarmería, como los alguaciles, polizontes, serenos, etcétera, sirven, sin duda alguna, á la policía en sus diversas ramificaciones, ya que á su esencia pertenece que todos los diversos caminos en que puede desarrollarse su actividad estén mútuamente relacionados entre sí.

b) Inspeccion de cadáveres y de funerales; con cuyas palabras queremos significar los depósitos mortuorios, cementerios, sepulcros, etc.

c) Policía sobre incendios; la cual tiende á disminuir, gracias á las leyes relativas á la construccion de hogares y á su vigilancia sobre los peligros que pueden provocar el fuego así como se vale de empresas particulares para extinguirlo do quiera que se presente, y de empresas de seguros, destinadas á resarcir los daños por él ocasionados.

d) El cuidado por la seguridad de los derechos de los particulares que pertenecen á la policía de seguridad en el sentido más estricto de la palabra.

Aquí toca hablar de las relaciones de la policía con la justicia, cuyos campos se tocan tan íntimamente que en casos particulares es harto difícil determinar los respectivos límites, que, sin embargo, creemos deben estar bien deslindados.

El oficio de la policía no es desempeñar cargos administrativos ni de justicia, sino la vigilancia del órden y de la seguridad, cuyas infracciones evitará por todos los medios posibles, ya combatiendo á los que intentaren alterarlas, ya persiguiendo á los enemigos del órden, y á cuantos de un modo ó de otro quisieren perturbarlo con infracciones que, en último resultado, producirían la inseguridad y el sobresalto. De todo lo cual á estralimitarse apreciando la parte que hubiere de culpa en los desórdenes, sentenciando en los casos de derecho dudoso y condenando á los reos, va gran dísima distancia, pues tales funciones son exclusivas al brazo de la justicia, que hará retirarse completamente de la escena la policía, y no se valdrá de ella sino como auxilio poderoso, y tal vez como benéfica protectora, contra cual quier desman, pero nunca como poder hábil para la actuacion de las causas.

Fuera del campo que hemos señalado, la policía debe romper con toda energía cualquier resistencia que se le oponga: á este fin se le confiere en la mayor parte de los Estados cierto derecho limitado de castigar; y entiéndase bien que decimos de castigar, no de imponer pena, puesto que lo último es exclusivo de la justicia, y el castigo, necesario para hacer que en todas partes triunfe la seguridad, debe poder aplicarse por los que entienden de hacerla triunfar y de que se respeten las públicas conveniencias. Establecer como regla fija el que los castigos no puedan imponerse sino en virtud de procesos perfectamente terminados, ó lo que es lo mismo, negar á la policía todo derecho á

castigar, equivaldría á hacer enteramente ineficaz, ó, por lo ménos, muy difícil la accion de la misma, resultados todos enteramente contrarios á los fines que debe realizar la institucion de que tratamos. En estos últimos tiempos ha habido Estados que, siguiendo el ejemplo de Francia, han comenzado á retirar á la autoridad de policía el derecho de imponer castigos merecidos por infraccion de las disposiciones tomadas por aquélla, otorgándolo sólo á los jueces. Con esta medida se ha obtenido la más perfecta garantía contra los abusos del poder de policía, el cual á su vez, en lugar de paralizarse en el cumplimiento del deber, debe redoblar sus esfuerzos, dentro de los límites que la ley permite, amenazando á los perturbadores del órden con la imposicion de penas que por ningun caso habrán de levantarse, pues si bien ella por sí no las podrá imponer, pondrá todos los esfuerzos imaginables en que los jueces no paren mientes en examinar las penas impuestas—con tal que en nada contradigan al órden jurídico existente, sino que, por el contrario, reputándolas justas, saquen de ellos el tanto de pena que había de imponerse.

Aún en países donde la imposicion de las penas por infraccion de las disposiciones de la policía se ha reservado á los jueces, queda, sin embargo, á los agentes de ésta, como medio ejecutivo tan sólo, el derecho de castigar con penas levísimas las faltas por desobediencia y alteracion del órden, y áun el derecho de amenazar con penas mayores, á fin de que los penados se sometan voluntariamente, y no incurran en faltas que necesitarían sentencia judicial. De esta suerte, al ménos en la práctica, se arreglan todas las faltas de sumision á las órdenes de la policía.

En su terreno propio es la policía no ménos independiente de la justicia, que lo es ésta de aquélla en el suyo; por cuyo motivo no tienen razon de ser cualesquier proceso en que se apele de la policía á la justicia, á causa de haberse de regular la responsabilidad jurídica de las autoridades de aquélla, en los principales capítulos, por los mismos principios que la de los otros empleados. Además de esto, habiendo la policía de velar en ciertas circunstancias azarosas por la seguridad del órden con la mayor rapidez y energía posible, le es indispensable alguna libertad de accion para resolver con cierta holgura en casos urgentes; de lo cual, como consecuencia, resultará cierta inquietud y

miedo de excederse violando la libertad y derechos individuales. Más saludable, más á propósito para la práctica que un código extenso hecho ex-profeso para la policía, código que de ningun modo podría *á priori* determinar ni aún los más precisos detalles sobre la vida y necesidades de sus protegidos, sería someterla á cierta responsabilidad, grave sí, pero no jurídica, que, sin paralizarla en los más vitales actos, sino al contrario, juzgándolos bajo su verdadero punto de vista, no deje nunca de imponer severísimo castigo á los abusos que fuese perjudicial dejar impunes.

En cuanto que la policía está, sin embargo, llamada á defender únicamente la jurisdiccion penal, la policía judicial *(police judiciaire)* estará por lo tanto subordinada á los jueces y no puesta al igual de los mismos, teniendo meramente por fin ejecutar los encargos que de aquéllos recibiere.

III. La policía de la cultura.

Distinguimos harto determinadamente la cultura, cuyo carácter es el poder y la policía de la cultura, así como sabemos hacer distincion entre la economía pública y la policía de la economía. La policía se extiende sobre todo el campo destinado á la vida pública, y, por lo tanto, á todas las relaciones de la civilizacion y de la economía; pero siempre hemos de presuponer que el uso de este poder está determinado por las necesidades públicas, formando límites que de ninguna manera pueden ser traspasados. Empero, doquiera que se necesita el poder que manda é impera, la misma educacion deberá subordinarse á él, sin que en caso alguno pueda la política ser considerada como apéndice de la educacion, así como donde quiera que ésta satisfaga por sí misma las necesidades, no hará falta indudablemente policía alguna que tenga á su cargo la cultura, cuya mision principal es vigilar porque la educacion no descuide sus deberes, de idéntico modo que en los casos en que esté obligada á inmiscuirse, pedirá en cambio ayuda á la educacion. En esto precisamente reposa la conexion orgánica de los diversos órganos y de las funciones públicas.

Las subdivisiones particulares de la policía de la cultura son:

a) El cuidado por la prosperidad moral del pueblo (policía de las costumbres, censura, en el sentido en que usaban los Romanos esta palabra.)

El oficio de la Iglesia sobre este particular ocupa el pues-

to más encumbrado desde el cual aquélla pone su atencion y su mayor cuidado en la parte moral de todo el conjunto de la vida humana, así como es oficio del Estado procurar, por medio de la policía, la salud moral del pueblo. La actividad de la Iglesia es, por consiguiente, en esta esfera más directa y fecunda que lo que puede serlo la actividad del Estado. Cuando fiel á su mision aviva y conserva la Iglesia la religiosidad del pueblo, conciliando y uniendo á los hombres con Dios, entónces derrama abundantemente sobre la nacion las fuentes inexhaustas de la fuerza moral y de la reconciliacion. El Estado no tiene jurisdiccion de ningun género sobre las conciencias ni puede impugnar ó modificar la disposicion indivisible del alma, de donde, siendo la esfera propia de su actividad la del desarrollo externo, sólo indirectamente puede externar cierto género de influencia sobre las condiciones morales del pueblo. Únicamente cuando el sentimiento interno se manifiesta en actos ú omisiones externas, caemos, digámoslo así, en el campo del Estado, en sus dominios, bajo su fuerza, miéntras que, por el contrario, la Iglesia con sus medios religiosos puede combatir los malos pensamientos y aconsejar las buenas decisiones, en tanto que el Estado sólo tiene que combatir contra las malas acciones, removiendo ó aminorando los obstáculos y peligros exteriores que amenazan á la pureza de las buenas costumbres. Tambien aquí las múltiples formas de ingerencia é indignas tutelas son un escollo y la indiferente negligencia otro no ménos peligroso, entre los cuales el estadista debe pasar procurando no dar al traste con la nave del Estado.

La Censura romana reposaba en una noble é intensa comprehension de la policía política de las costumbres; de suerte que los censores estaban autorizados para castigar cualquier género de acciones que se manifestasen como contrarias al sentimiento público de la moralidad, sin que por esto deba creerse que obraban preventivamente sino más bien en interés de las buenas costumbres y procediendo con el más seguro tacto, de lo cual no podía ofrecerse garantía mejor que la eleccion de los más distinguidos é idóneos estadistas para el desempeño de tan difícil cometido, ingiriéndose, por lo tanto, sólo en los casos en que la disolucion llegase á ser manifiesta por medio de hechos, sin que por esto quedase expuesta á la accion judicial cuando no

existía violacion jurídica propiamente tal. Ni áun las personas de más alta categoría pudieron nunca defenderse con seguridad de las penas infamantes de los censores, cuando públicamente llegaban á herir en lo más mínimo la dignidad de las buenas costumbres.

Durante la Edad Media pudo cumplirse en manera más extensa esta mision por medio de la censura eclesiástica; mas como en nuestros días la autoridad de la Iglesia sobre las almas ha ido limitándose más y más, el Estado encuentra ante sus ojos en las instituciones públicas una laguna que no puede llenar, valiéndose de los oficiales ordinarios de la policía. En efecto, hay una parte de las funciones de este ramo, que, como aquélla que al presente nos ocupa, presupone tal altura de sentimiento y tal grado de pública estimacion y libre autoridad en la persona que la ejerce, que ni puede existir ni exigirse en los empleados ordinarios, de los cuales tampoco podrían esperarse semejantes requisitos. En esto precisamente consiste la grandeza de la organizacion dada por los Romanos á la policía, puesto que semejante cometido se confiaba á las personas más nobles y distinguidas. En el Estado moderno, sin embargo, cuya parte débil es el poder de que tratamos, no encontramos institucion alguna que pueda compararse con la que acabamos de mencionar, sino que, por el contrario, el gobierno débil y frecuent emente perjudicial á los asuntos propios de la policía sirve de incentivo para la desestima y aversion en contra de la autoridad, de modo que tanto uno como otro de dichos elementos contrarios se vuelven contra el gobierno en general y contra el Estado en particular, cuya mayor parte se manifiesta en la forma del pesado y opresor poder de los magistrados.

A males de tanta consideracion no puede aplicarse otro remedio que la mejor organizacion de semejante ramo de la autoridad, para lo cual en el mismo Estado moderno podríamos encontrar los elementos necesarios si quisiésemos arriesgarnos á dirigir nuestra vista más allá del pedantesco horizonte de la mera burocracia y tomásemos en consideracion la libre actividad de las personas particulares que se juzgasen más idóneas para el caso; de modo que, tanto á las clases como á las personas más distinguidas, á la nobleza nacional, en el sentido propiamente psicológico de esta palabra, quedaría abierto un campo de actividad la

más fecunda y más honrosa, así como podríamos acabar verdaderamente con los modernos juegos, indignos de personas adultas, y con las condecoraciones, trocando semejantes niñerías por cosas propias de hombres formales.

Prescindiendo de la inspeccion política sobre la misma Iglesia y sobre las comunidades religiosas, ó sobre los institutos de educacion, de los cuales hablarémos detenidamente en el libro VI, hemos de confesar que relativamente nos parecen harto mezquinas las instituciones producidas por la policía moderna en materia de costumbres. Las más principales son:

α) La policía de tutela y la policía doméstica para la defensa del gobierno y la tranquilidad de las familias en los casos á que no se extiende el derecho privado ni el cuidado que ordinariamente toca al tutor, y en aquellos en que la defensa jurídica parece inaplicable ó ineficaz.

β) La inspeccion sobre ciertos lugares privados, los cuales, como las tabernas en que se expenden bebidas alcohólicas, las tiendas abiertas al público, las bibliotecas de determinadas sociedades, si llegan á bastardear su objeto, favorecen la disolucion, ó, como las casas de juego y burdeles, son expresamente fundadas para dar libre paso á la inmoralidad.

γ) La política sobre la prensa (1).

b) El cuidado de la vida social del pueblo, de sus diversiones y su comercio personal. (Edilidad, policía social.)

Cuanto más importante es en la vida moderna la libre aproximacion social de los individuos que trabajan por la consecucion de un mismo fin, y cuanto más varias y ricas son las formas que el espíritu de la sociedad humana ha excogitado para satisfacer este impulso, tanto mayor debe ser la premura del Estado para favorecer estas reuniones y manifestaciones. Los particulares parten en esta materia del principio de su libertad, y la policía, al propio tiempo que reconoce este principio debe tener ante sus ojos el derecho de la comunidad siempre que lo demande la pública prosperidad, de suerte que en este caso, ó establezca los necesarios límites de la libertad, ó exija en manera positiva su desarrollo (2).

---

(1) Véase lib. IX, cap. 2.
(2) Véase lib. IX, cap. 8.

La comision de diversiones del pueblo es una de las más importantes y dignas de notarse. El «panem et circenses» de los Romanos da bien á las claras á entender los legítimos deseos del pueblo, y los esfuerzos que debe el hombre de Estado hacer para alcanzarlos. La policía moderna en presencia de los teatros, de las fiestas, de las diversiones, demuestra su actividad de un modo negativo, esto es, limitando ó impidiendo todo aquello que pudiera ser inconveniente ó peligroso; pero nunca la vereis tomar parte positiva en tales festejos, animándolos, dirigiéndolos, ennobleciéndolos con su presencia, cual pudieran hacer los grandes funcionarios de la policía de otros tiempos. El camino más corto para llegar en Roma á los más elevados cargos políticos era el desempeño de la edilidad, magistratura creada para atender á la subsistencia y á las diversiones del pueblo.

c) Debemos tambien incluir aquí la policía de proteccion y de beneficencia.

En esta cuestion debemos ante todo distinguir los pobres, propiamente dichos, de los que no son más que necesitados de socorro, porque son cosas bien diferentes; despues, entre los mismos pobres, conviene no confundir los que lo son por naturaleza con los que lo han llegado á ser por razon de las deudas. Por causa de haberse confundido las anteriores relaciones, sucedió no pocas veces, ora que disminuyese el cuidado de los médicos cerca de aquellos que de veras lo necesitaban, ora que se aumentasen las calamidades existentes. Por esta razon distinguiremos:

α) La clase más numerosa de la poblacion ó sea la que sólo en excepciones y casos de verdadera necesidad, ha menester ayuda, como es si sobreviene alguna extraordinaria carestía de elementos con qué vivir (necesidad por causa del hambre), ó si por ocurrir grandes incendios ó estallar desastrosas guerras, se agotasen las fuentes de la industria que á tantos jornaleros mantiene, ó cuando por paralizarse momentáneamente los negocios no se encuentra en ninguna parte trabajo para ganarse con qué vivir. Estas calamidades amenazan á muchísimos indivíduos y familias, sin que por lo mismo puedan absolutamente llamarse pobres. Podrán, sí, cuando la necesidad los azota y aflige, no bastarse á sí propios y necesitar para no perecer de que se les ampare y socorra; mas, cuando por desapare-

cer la necesidad, vuelven á su estado normal las cosas, pueden tales personas, desplegando su natural capacidad, bastarse á sí propias para buscar elementos con qué cubrir las necesidades de la vida, sin necesidad de depender para ello de nadie. Cuando ocurriesen las degracias que hemos apuntado, de tal suerte se ha de prestar ayuda á la clase de que hablamos, que no sólo no sufra menoscabo su fuerza moral, sino que al contrario suba de punto. Debe cuidarse de que siempre tenga valor aquella regla que dice: «Cada cual se ayuda á sí propio, de suerte que nadie, al verse socorrido excepcionalmente y en fuerza de las circunstancias, vaya á creer que el socorro se convertirá en regla indefectible.» Por esta razon se cuidará en tales casos de que los necesitados de socorro por sólo algun tiempo, no se confundan con los realmente pobres, ni se les trate lo mismo; porque, si bien ante la necesidad no hay diferencias, la clase obrera tiene en su abono el sentimiento del honor sostenido por la doble palanca de las fuerzas físicas y morales capaces de arrostrar todo género de trabajos y vencer grandes dificultades.

Donde la iniciativa particular, dignísima de tenerse muy en cuenta en este punto, no pudiese llegar, será preciso que llegue el gobierno, no la policía, á fin de prevenir y aminorar males que, dependiendo esencialmente de las malas condiciones económicas, solamente en este concepto se los puede atacar y destruir. Pudiera, sin embargo, acontecer que los medios á disposicion del gobierno fuesen insuficientes si no los apoyase la enérgica intervencion del poder de policía; en tal caso nada más justo que el que la policía extienda su mano protectora para que se lleve á feliz término el objeto principal del Estado que es la conservacion de los habitantes.

β) Los pobres de nacimiento, necesitados del socorro público por no poder ellos ayudarse en nada, y porque ninguna familia los ampara con su proteccion. Pertenecen á este grupo los huérfanos de familia; los niños ilegítimos desprovistos aún de aquel desarrollo físico necesario para buscarse la vida; los viejos privados ya de la actividad y energía que los trabajos requieren; y finalmente los enfermos é imposibilitados. Estos son los pobres que la religion y la moral recomiendan principalmente á la solicitud del Estado. En la Edad Media fué la Iglesia quien atendió á las necesidades de los pobres: hoy su mision se reduce á pre-

dicar sin interrupcion la caridad cristiana. En nuestros días la clase pobre se ha organizado políticamente, perteneciendo al Estado no descuidar el cumplimiento de tan importante obligacion, ya que todos reconozcamos en él el sustituto más á propósito de la familia en el remedio de las necesidades naturales de las personas atribuladas donde quiera que no haya otro que bajo su proteccion tutelar y bajo su amparo decidido tome á su cargo amparar á los desvalidos.

La esencia de la actividad del Estado en la cuestion de los pobres, más bien que poder, como sucedería tratándose de tutela meramente honoraria, ó como pasa en los asuntos de enseñanza, ha de llamarse cuidado; razon por la cual debemos perfectamente distinguir entre el cuidado de los pobres y la policía acerca de los pobres. Unicamente tomará cartas en el asunto la segunda, cuando el primero se confiese impotente, y fuese urgente adoptar medidas de carácter extraordinario. La policía de los pobres se presentará ofreciendo subsidios donde la encargada de velar por aquéllos se reconozca insuficiente ó demostrase hacer poco caso del cumplimiento de su deber.

Debe tenerse por bien organizada la clase de los pobres cuado el inmediato cuidado de los mismos se reserva para los ayuntamientos, interviniendo sólo en segundo término y por vía de sustitucion la policía del Estado para ejercer oportuna vigilancia. La razon de ello es, porque el ayuntamiento viene á ser como una extension de la familia, entre la cual y el Estado sirve de esfera media que encierra en su piadoso seno á los menesterosos; así es que se le debe suponer en mucho mejor condicion, no sólo para conocer y evaluar las particulares necesidades de los pobres que pertenecen á su jurisdiccion ó viven en ella, sino tambien para hallar medios de vida y poderlos repartir con más equidad y justicia.

γ) *Los empobrecidos por las deudas.* Aunque éstos posean las fuerzas naturales necesarias para buscarse la vida y proveer á sus necesidades, no obstante, sumergidos en la indigencia por razon de los desarreglos y de la pereza, perecerán con toda certeza, si no se les presta auxilio. La policía del Estado volará á socorrerlos, no como quien levanta una carga, sino como quien vela por las costumbres (1).

---

(1) Tambien Napoleon hace mérito de esta diferencia importante, se-

A este fin procurará se abran casas de correccion perfectamente vigiladas y atendidas, requisitos que, como fácilmente se comprenderá, no pueden ser llenados por los ayuntamientos, y sí por el Estado y su poder de policía.

IV. *Policía del Estado y de la economía social.* En casos ordinarios, hay entre los extremos de este número igual diferencia que entre el poder supremo y la subordinada vigilancia que en algunos delega el Estado sobre la economía social, ó como pudieran diferenciarse la inspeccion del fomento nacional, y el fomento mismo. Donde fuere necesario hacer alarde de poder, bueno es que se persone la policía; donde no, bastará la gestion económica. Debemos aquí considerar:

a) La policía ó inspeccion de las aguas encargada ya de preservar los bienes y las personas de las inundaciones encauzando los rios y los arroyos, y construyendo diques y terraplenes; ya de proveer á los intereses generales en la distribucion de las aguas, de modo que ningun particular, so penas gravísimas, pueda distraer las aplicadas á las fuentes públicas, á la alimentacion de estanques y lagunas, á la navegacion y otros destinos semejantes. Al mismo centro pertenece la construccion de puertos de mar y la ereccion de faros para la seguridad de la navegacion.

b) Inspeccion de los caminos y vías públicas, á cuyo cuidado debe encomendarse la construccion, conservacion y

---

gun es de ver en sus discursos con Las Cases (véase p. 58), donde dice: «Le noeud de cette grande affaire est tout entier dans la estricte séparation du *pauvre* qui commande le respect d'avec le *mendiant* qui doit exciter la colére. or, nos travers religieux mêlent si bien ces deux classes qu'ils semblent faire de la mendicité un mérite, une espéce de vertu, qu'ils la provoquent en lui presentant des récompenses célestes: au fait les mendians sont-ils plus ni moins que *des moines au petit pied*, tellement que dans la nomen-clature se trouvent les *moines mendians*.» La tasa en favor de los pobres fué á los principios introducida en Inglaterra por la reina Isabel para socorrer á los mutilados, á los enfermos, á los viejos y á los párvulos. Más tarde se comenzó á disponer de los fondos destinados á dicha tasa en favor de los que, pudiendo trabajar, no encontraban en qué, esto es, entre los necesitados de socorro, en el sentido arriba expuesto, y tambien entre los llamados por nosotros pobres á causa de la desidia, de los cuales parecia huir siempre el trabajo: y de esta suerte por confundir miserablemente tres clases de pobres, que son completatmente distintas, llegaron los males á aumentarse hasta el extremo de hacerse incurables. Bastante mejor ordenada está en Alemania y Suiza la clase de los pobres, aunque tambien en estos países, por no guardarse como debiera la distincion que la misma naturaleza de las cosas arroja de sí, no haya todo aquel órden que fuera de desear.

seguridad de las calles, carreteras, puentes y caminos de hierro. En la construccion de los puentes debe hallarse presente la policía, para que la obra salga conforme con todos los principios de la economía.

c) La vigilancia sobre las fuentes y plazas públicas, así como sobre el perfecto embellecimiento en las mismas mediante la implantacion de arbolado, la ereccion y construccion de monumentos que por la esbeltez y simetría constituyan un verdadero elemento de ornato público. Los que todo esto entendieren no descuidarán el que los edificios de los particulares se levanten conforme á lo exigido por la verdadera solidez y las conveniencias del público, sin que de aquí se tome pié, sin embargo, para tener en perpétua tutela la propidad particular ni para tiranizar sin motivo el gusto de los propietarios en la construccion de sus viviendas.

d) La policía sobre la economía social, de la cual, en union con la gestion económica, se tratará en el libro VII.

LIBRO QUINTO.

CAPITULO PRIMERO.

NATURALEZA Y MODOS DE LA JUSTICIA.

Para que exista juicio se presupone la existencia de cosas que juzgar, esto es alguna violacion del órden jurídico, que, una vez separada por la formacion de proceso, permita al derecho aparecer con toda su majestad y esplendor. Toda administracion que tenga por blanco el derecho, es á un mismo tiempo guarda constante de la justicia política (1).

En todo juicio se reconocen dos funciones enteramente diversas:

1) El reconocimiento del derecho, ó como en tiempos de la Edad Media solía decirse, la averiguacion del derecho, la sentencia;

2) La administracion del derecho, ó sea el juzgar propiamente dicho.

Cierto que entre los actos del poder del Estado no debe contarse la investigacion del derecho en sí, sino que más bien podemos contarla ó como expresion de la conciencia jurídica, ó como funcion lógica de entendimientos cultos

(1) Véase á Stahl, *Doctrina del Estado*, II. p. 438.

y entendidos en derecho, razon por la cual en nada nos parece discrepar de aquellas funciones que en otras artes y ciencias requieren la intervencion de personas prácticas é inteligentes. En esto nos fundamos para decir que es un error empeñarse estudiar el juicio bajo este punto de vista, y en tal concepto asignarle los caractéres de verdadero poder propio de magistrados (1). El exámen del derecho se presupone indispensablemente para la administracion del mismo, la cual es de naturaleza enteramente política por estribar en ella, como fácilmente se comprenderá, la esencia misma del juicio. Así que, pudiéndose dejar la primera sin género alguno de obstáculos á cargo de personas particulares, la segunda exije forzosamente se la reserve para la magistratura oficial; y, puesto que aquélla está al servicio de ésta, no hay duda que tambien debe dirigir oficialmente.

1) La separacion del derecho privado destruido y violado pertenece á la administracion de la justicia civil, merced á la cual el Estado ejerce su deber de asegurar á las personas privadas el disfrute de los derechos que, como tales, les pertenecen, alejando al propio tiempo los daños inminentes; fin que se lleva á cabo, ora por la remocion de la injusticia privada, ora por la indemnizacion del daño ocasionado; en una palabra, por obra de la simple separacion del derecho privado.

Por regla general para la consecucion de este fin basta el mero reconocimiento y sentencia política del derecho real. Por consiguiente, aquí la sentencia judicial es de suyo de importancia particularmente decisiva, y sólo excepcionalmente, cuando aquélla no sea observada por las partes interesadas, interviene la coercion política, la cual es emanacion de la jurisdiccion, siendo en este caso ordenada por el juez y dependiente del mismo, cuando para el ejercicio consiguiente se necesita la cooperacion de los medios de policía.

Así que, si el derecho privado esencialmente no es asunto propio del Estado sino que respecta á las personas privadas como tales, pero no en su calidad de súbditos, tampoco puede competir al Estado, en caso de violaciones particulares del sobredicho derecho, acudir á los remedios ofi-

---

(1) Opinion de Rotteak citado por Aretin, *Der. pub. const.*, II, página 208.

ciales y ordenar por sí y ante sí la reparacion del derecho negado; porque semejante tutela sobre asuntos privados no podría conciliarse con la libertad é independencia de los particulares, los cuales, por el contrario, están en pleno derecho de defender por sí mismos sus propios intereses y de ayudarse por sí mismos. El Estado moderno prohibe este modo de proceder solamente cuando los propios auxilios podrían emplearse de otro modo, como cuando creemos tener derecho y queremos reducirlo á práctica para penetrar en la esfera libre y jurídica de nuestro prójimo, miéntras éste, negándose á reconocer semejante derecho, se cree en el deber de echar mano de la coaccion; porque por semejantes litigios podría fácilmente alterarse la tranquilidad pública y la paz de la nacion. De aquí es que para la separacion del derecho debatido es necesaria la intervencion judicial que decide imparcialmente las controversías, segun reglas seguras y bien ordenadas formas (1), en lo cual encuentra la jurisdiccion civil el desarrollo de su actividad, pero sólo á peticion de partes, esto es, apoyándose en la acusacion motivada por los intereses particulares.

2. La administracion de la justicia penal, por el contrario, presupone cierta perturbacion del ordenamiento jurídico, pero perturbacion tal, que no sólo exista en los intereses jurídicos de algun indivíduo, sino que tambien, á causa de su carácter peligroso é ilegítimo, se extienda á la seguridad pública y al mismo Estado. Todo sacudimiento y toda violacion del derecho existente puede justamente tener en cualquier caso relacion con el derecho privado; mas entónces entra en la esfera del derecho penal, cuando se manifiestan con tal intencion y con forma tal, que mediante una y otra, quede al propio tiempo violada ó destruida la

---

(1) *Edictum Divi Marci* in L. 7 ad legem Juliam de vi privata: «Tu vim putas esse solum, si homines vulneretur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit; non puto autem nec verecundiæ nec dignitati tuæ convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.» Los pueblos germánicos otorgaban en un principio mayor libertad á la iniciativa de los acreedores; y sólo despues de muchos siglos, fueron lentamente adhiriéndose á la idea eminentemente gubernamental de restringir el derecho de secuestro personal, que aquéllos alegaban para el reintegro de sus préstamos. Véase á Wilda en la disertacion publicada en la *Revista del Derecho Aleman* t. I.

paz pública. Por consiguiente, la administracion de la justicia penal, segun su naturaleza, despliega, dígamoslo así, las fuerzas de su accion por medio de motivos públicos y en su más ámplia significacion forma parte del derecho del Estado, por lo cual no es en manera alguna suficiente la mera reparacion. La restitucion é indemnizacion de los hechos son, sin duda alguna, elementos necesarios en esta materia, mas, en cuanto éstos se refieren á las relaciones civiles, constituyen con mayor razon un elemento esencialmente civil que, por su conexion con el reato y por su importancia, por lo comun subordinada, puede al propio tiempo ser ordenado por el juez competente, aunque tambien existen circunstancias en que puede separarse del procedimiento penal para sujetarse á la administracion ordinaria de la justicia civil.

El carácter de la administracion de la justicia penal se apoya principalmente en la conminacion que al reo se hace de la pena. La profunda violacion pública exige que la justicia pública sujete con mano fuerte al delincuente y salde las cuentas pendientes por medio del castigo del crímen, afirmando así su supremo poder y haciendo mayor la seguridad del Estado. El delito y la pena son dos elementos tales, que el uno es condicion necesaria del otro y éste de aquél; de modo que únicamente el equilibrio de entrambos podrá manifestar y fijar la alteza y santidad del ordenamiento jurídico. El sufrimiento de la condena y el terror que ésta ocasiona en los demás, son el doble fin que debe tenerse en cuenta y exigirse en semejantes violaciones; mas el punto de vista capital en esta materia es, sin duda, la misma pena, como imposicion y manifestacion de la justicia (1).

---

(1) Stahl, *Doctrina del Estado*, II, p. 516 se expresa así: «La ley esterna de la justicia es que á todo mal, y tratándose del Estado á todo delito, debe inevitablemente seguirse la pena, único medio de tranquilizar las conciencias escrupulosas. La dificultad, empero, acerca de la teoría expuesta consiste en lo siguiente: ¿cómo se ha de poder reparar la violacion del órden con acarrear un mal al delincuente, puesto que innegablemente la pena es un mal? Se asegura positivamente, que, gracias á la aplicacion de la pena al delincuente, el órden moral es soberano del mundo para cuya glorificacion es preciso que coopere el mal mismo en cuanto que, como mal, se le castiga y persigue La pena que el Estado impone no ha de mirarse como venganza que se toma, puesto que la venganza nace de la pasion que el malhechor siente por saciarse viendo padecer á una persona, y el Estado no castiga al malhechor por el mero hecho de hacerle sufrir, sino porque el justo castigo requiere pro-

Estribando en esta piedra fundamental, la pena se nos presenta revestida de carácter publico, siendo, por consiguiente, un progreso del derecho moderno el que las antiguas penas privadas para los reos, tales cuales se reconocían en el derecho romano y en el código aleman, hayan sido abolidas, cediendo su puesto á las penas públicas. Asímismo, contradice á la idea de la administracion de justicia penal el que la aplicacion de la pena esté en manos de los particulares que fueron ofendidos, dependiendo, en consecuencia, la conminacion de la acusacion de aquéllos, puesto que, tanto la persecucion como el castigo del reo, como asuntos públicos, y, en efecto, lo son, deben ser confiados al cuidado del Estado. Justo es que en este punto recordemos que el derecho antiguo de Alemania dejó preparado el camino, tanto á la vindicta pública como al derecho de desafío, de modo que posteriormente, cuando la Monarquía francesa estableció límites más estrechos para la tranquilidad pública, quedó reconocida, como regla, la necesidad de la acusacion privada. Sobre este mismo concepto se eleva hoy el derecho penal vigente en Inglaterra; pero en el continente, desde muchos siglos atrás, debido en un principio á la influencia de la Iglesia, se introdujo en este punto idea más exacta, siendo generalmente reconocida la regla de la persecucion oficial, tanto en forma de inquisicion como en la de delacion acusatoria. No hay duda que existirán en esta materia, como en otras, algunas excepciones originadas por la piedad y la paz de las familias, como, por ejemplo, en casos de violacion del honor, ó bien cuando el interés privado se equilibra con el público, como en las injurias (remision y quebrantamiento de promesas) ó cuando haya peligro de que los procuradores del Estado por respetos políticos usen abusivamente del derecho exclusivo que tienen para presentar la acusacion á que se da el nombre de querella subsidiaria de los ciudadanos (1).

---

porcionado sufrimiento. El límite de la venganza es el del placer importado por las pasiones, ninguno; miéntras la pena encuentra en la balanza de la justicia un justísimo contrapeso que le impide excederse; este contrapeso es la gravedad de la violacion sufrida por el órden.» El castigado no es el malo, puesto que el órden jurídico proteje la existencia así de los buenos como de los malos, sino la accion perversa que diera por resultado la usurpacion ilegítima del derecho de los demás.

(1) R. Gneist sobre *la Acusacion privada* en la disertacion de los doce principales juristas alemanes.

3. La distincion existente entre la administracion de la justicia penal y la civil hace que frecuentemente se eche mano de determinada division cuando se trata de los órganos que administran una y otra. En efecto, la actividad de entrambas es tan diferente que han de ser diferentes tambien las cualidades de las personas que en ellas obran. Por consiguiente, el procedimiento civil es cosa enteramente diferente del procedimiento penal; y, miéntras el juez civil debe poseer la facultad de desenredar y poner exteriormente en órden con delicadeza y perspicacia las enmarañadas relaciones civiles, el juez penal debe procurar tener ojos de lince para profundizar en lo más recóndito del alma del delincuente, y sobre todo, reconocer, no sólo la culpa individual, sino tambien toda su extension. En el primero obran las partes que únicamente representan sus propios intereses con mayor libertad dentro de lo que permiten las formas jurídicas, y el juez dirije y dirime con serenidad de espíritu y sin preocupacion la controversia, miéntras que en el segundo predomina la seriedad y rigor de la justicia violada; de modo que tanto el debate como el juicio intensamente y en alto grado reclaman fuerza de ánimo en el juez y en quien pronuncia la sentencia.

4. Tambien el derecho público puede ser violado sin que por eso se perpetre crímen alguno digno de ser castigado, así como puede ser contestable hasta tal punto que necesite recaiga sobre él determinada sentencia.

Si el derecho de los pueblos es violado y puede ser contestable, entónces nos es dado de antemano pronosticar una administracion de justicia legalmente confiada al pueblo. Los orígenes de esta institucion se nos presentan en los tribunales contenciosos, en la práctica de los tribunales árbitros, en la union de los Estados confederados, en la organizacion de los antiguos palacios de justicia, y ménos perfectamente en las consultas de los juristas de la real cámara segun los usos de los demás estados. Esta fase de la administracion de justicia está en nuestros dias imperfectamente organizada, así como el uso de la propia defensa, en las formas violentas de la guerra, y en los peligrosos usos de las prácticas jurídicas de los pueblos.

Si en el seno de algun Estado se controvierte el derecho público y relativamente tambien el derecho de la administracion, entónces podemos decir que en dicho estado aún no

se provee autoritativamente á la necesidad del exámen judicial ni á las decisiones de las sentencias. Mas, á pesar de todo, por doquiera se muestran ya los modernos esfuerzos, que á lo ménos en extension científicamente limitada tienden á introducir cierta administracion acerca de la misma administracion de justicia, por medio de palacios destinados á tan alto fin.

CAPITULO II.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

1. La distincion entre la justicia y el gobierno, en la constitucion del Estado, es al presente generalmente reconocida como máxima principal del Estado moderno (1); pero no por eso se la considera como separacion absoluta, porque se unifica en la cabeza suprema del Estado, como en centro comun, tanto el poder gubernativo, como la formal elevacion de la jurisdiccion, siendo consecuencia legítima de esta distincion la interna independencia de los jueces en el ejercicio de su cargo así como su independencia con respecto á la influencia del gobierno (2). El más sério y noble oficio del juez es la administracion de la justicia política, no el ordenamiento de los fines y provechos políticos; mas sólo podrá

---

(1) Véase más arriba tom. I, lib. VII, cap. 7 y tom. II, lib. III, capítulo 13.

(2) La Constitucion bávara, VIII, § 3 dice: «Los tribunales de justicia serán independientes dentro de los límites de su poder oficial, sin que puedan los jueces ser separados de sus puestos, ni perder el estipendio á que tienen derecho si no mediare prévia sentencia.» «La de Portugal dice al § 118: «El poder judicial es independiente.» Al § 122 añade: «Para que los jueces puedan perder sus cargos se necesita que así lo prescriba alguna sentencia.» La austriaca de 1849 dice en el § 99: «El poder judicial será ejercido por los jueces con toda independencia.» En el § 102 encontramos lo que sigue: «La administracion de justicia y el gobierno deben hallarse totalmente separados y con entera independencia el uno del otro.» La prusiana dice en el § 86: «El poder judicial se ejercerá en nombre del rey por jueces completamente independientes de toda otra autoridad, y con sujeccion únicamente á las leyes.» El § 87 se expresa de este modo: Los jueces son nombrados para toda su vida en nombre del rey. No podrán ser destituidos ni temporalmente separados de sus puestos á no ser que así lo reclamare sentencia judicial dictada en solos aquellos casos que las leyes fijaren.»

llenar dignamente tan altos fines cuando se atenga á las leyes invariables del derecho como única norma de sus funciones, sin dejarse arrastrar por el impulso de las circunstancias y mutabilidad de los partidos. Ante su asiento nadie debe encontrar favor ó disfavor, ni el poderoso ni el débil, ni el rico ni el pobre, sino que debe siempre administrar imparcialmente justicia, por lo que no ha de acceder ni siquiera á los deseos del gobierno cuya autoridad no se ingerirá ilegítimamente en la tranquila y precisa investigacion del derecho real.

Hé aquí las principales reglas que se derivan de este principio fundamental.

a) A nadie que se crea violado en su derecho, deben ponerse obstáculos para entrar en las vías judiciales y perseguir por ellas á sus demandados (1), porque la defensa pública del Estado debe estar abierta para todos por abyectos que sean, y no ménos á los propios que á los extraños, puesto que en la idea del derecho moderno ya no existe Estado alguno colocado fuera de la ley propia de los individuos, así como, por el contrario, en los tiempos antiguos se admitía excepcion con respecto á los extranjeros (*hostes*) y en Alemania, durante la Edad Media, se la reconocía tambien como pena con respecto á los violadores de la paz,

---

(1) La decision de la Dieta provincial de Hannover de 1639 citada por Zacharía en la obra *Der. púb. aleman*, dice al § 90: «La buena justicia no se ha de poner sin género alguno de consideracion á merced de cualquiera; nadie será detenido sin sólidos motivos para ello; á ninguna persona se perseguirá indebidamente con decretos, mandatos, rescriptos extrajudiciales ó cualesquier otros procedimientos, con tales ó cuales nombres; pero en cambio debe dejarse á la justicia su libre curso, á fin de que pueda conocerse cuando hace uso de los medios jurídicos á su disposicion en contra de los abusos, ó cuando tal vez los jueces, separándose del recto camino se alejan de él nada más que para servir los intereses privados del príncipe.» En Alemania debe el derecho penal del imperio cuidar de que aún en las controversias políticas queden para los diversos estados espeditas las vías jurídicas. La capitular de eleccion art. XIX, § 4, dice: «Si cualquier elector del imperio, príncipe ó alto dignatario, sin excluir los caballeros imperiales que gozasen de más prerogativas, en virtud de haber sido mermadas, perturbadas, sustraidas ó vejadas sus posesiones, derechos regalías y herencias quisieren llevar y requerir ante el juez competente á sus adversarios, nostros no debemos ni queremos impedir nada de esto, ni cualquier otro asunto jurídico pendiente, sino que, por el contrario, velaremos porque las cosas no pasen hasta ventilarse completamente.» El tribunal imperial cuidará con todo esmero de proteger á todos aquellos á quienes los tribunales provinciales se negaren á hacerles justicia.

Todo el que crea indigno dirigir por sí mismo sus asuntos debe tener posibilidad de nombrar un procurador que pueda representar todo el derecho que milita en su favor, advirtiendo que al Estado conviene tener cuidado de que ni á los mismos pobres se cierre indirectamente, por exigencia de pago de costas y de cumplimiento de formalidades, la vía por donde puedan hacer valer el derecho que les asista, sino que ha de procurarse quede expedito el camino mediante el nombramiente de un defensor de oficio. Por otra parte, sin embargo, el Estado tiene motivos para obviar las cábalas de los litigantes y el peligro del daño que puede originarse á las partes por causa del mismo proceso, valiéndose para ello de sus ordenamientos, por ejemplo, de los que entre éstos tienen por objeto exigir todo género de precauciones.

b) Nadie debe ser entregado á otros que no sean sus jueces naturales (1). Durante los tiempos medios de Alemania, donde, ante todo, se daba gran importancia á las relaciones de gremio, se expresaba áun más decisivamente el principio que acabamos de enunciar. En efecto, entónces se decía: «Cada uno debe ser juzgado por sus iguales» (2). Por esto en las antiguas córtes imperiales entendían en las causas de los príncipes otros príncipes exclusivamente, y en las de los vasallos de los caballeros feudales sus convasallos, así como tratándose de personas jurídicamente libres, juzgaban los pertenecientes al mismo gremio. Los ciudadanos podían ser procesados únicamente por los jueces de ciudades, y los villanos, pertenecientes á alguna corte, por regla general, sólo eran procesados por su respectivo curador y en el tribunal de palacio en que juzgaban sus iguales (3). El derecho moderno ha abolido esta distincion de gremios, y á la manera que tanto en el Código penal como en el civil son

(1) La Constitucion holandesa dice en el § 150: Ninguno podrá contra su voluntad ser sustraido á la potestad del juez que la ley le destinó.»

(2) La Carta-Magna de los Ingleses promulgada en 1215 dice: «Comites et barones non amercientur nisi per pares suos.» Marnier en la obra *Etablissement et cout. de Normandie* dice en la p. 22: «Chascun doit estre jugier par ses pers.»

(3) El *Derecho sajon*, II, 12, § 2, dice: «Scepenbare lüde muten wol ordel vinden over jewelken man. It ne mut aver uppe se neman ordel vinden, dat in an ir lief oder an ir ere oder an ir erve ga, he ne si in evenburdich.»

denticos los principios jurídicos, así tambien la competencia del juez se extiende igualmente á todas las clases de la poblacion. Esta reforma es una fase importante del desarrollo jurídico que con razon da valor á la igualdad del derecho, en el sentido en que aquí se toma. Por consiguiente, debemos tener como regla la extension de la misma jurisdiccion sobre todos los indivíduos del Estado. Mas en nuestros dias esta regla se halla sí introducida abstracta é inconsideradamente; pero se toman poco en consideracion sus necesarias excepciones. Existen relaciones especiales en la vida y en los oficios, las cuales, por su naturaleza, no son generales, y sólo son justamente juzgadas y comprendidas por los que, por experiencia personal, están familiarizados con ellas. Por esto la organizacion del órden judicial no debe despreciar estas peculiaridades, sino que debe acomodarse á ellas. Tal necesidad sigue sintiéndose aún en nuestros dias, y sólo se ha llegado á satisfacerla por medio de la constitucion de tribunales especiales, sin juzgar de antemano aquella regla y sin destruír la unidad del derecho y de la administracion de justicia.

A esto se refieren las relaciones militares, industriales y de las fábricas principalmente, no siendo éstas, sin embargo, las únicas que podrían comprenderse en esta materia.

c) Consecuencia única del sobredicho principio es la prohibicion de los tribunales especiales, ésto es, de aquellos que no están fundados por constitucion normal de justicia, sino que se erigen solamente en cada caso determinado; en cuyo concepto, sin embargo, no se comprenden los tribunales ordinarios militares para el ejército, el tribunal de justicia política para los ministros, etc., porque, si bien tienen relacion con las personas y las circunstancias, todavía se hallan precedentemente regulados por el ordenamiento jurídico y empotrados, digámoslo así, en la existencia normal del mismo. Empero la prohibicion hiere de muerte á todos los tribunales que impiden las funciones de los jueces ordinarios en lo que concierne á la competencia que jurídicamente les corresponde, estando excepcionalmente autorizados para ejercer en lugar de aquéllos y en casos especiales la jurisdiccion penal.

Sólo puede justificarse alguna desviacion del principio que nos ocupa por alguna necesidad real, ya porque los

jueces ordinarios, por ejemplo, cuando existen motivos suficientes para recusar, están impedidos en caso determinado para administrar el derecho, ya porque la conexion de investigaciones muy prolongadas exige la concentracion de las mismas en un sólo tribunal de justicia, ya porque el mismo Estado se ve en necesidad tal que hace imposible la conversion regular de la administracion de justicia, ya, en fin, porque el gobierno, á causa del inminente peligro que corre el ordenamiento jurídico comun exige á la justicia extraordinario y rápido procedimiento. En los casos que se refieren á la primera de las anteriores especies, el juez, declarado excepcionalmente competente, puede y debe ser dotado de posicion y formas jurídicas enteramente iguales á las del juez ordinario, ofreciendo como aquél las mismas garantías para la buena administracion de la justicia, con tal que la excepcion á que nos referimos sea enteramente externa y formal. Empero los casos que se refieren á la segunda de las cualidades exigidas hacen necesaria una desviacion más marcada de la regla que nos ocupa. En tiempos de guerra ó de sedicion, el establecimiento del consejo de guerra puede llegar á ser necesidad pública para la salvacion del Estado, y los tribunales militares ó los otros excepcionales en tales casos establecidos, quedan autorizados para castigar aquellas violaciones d l ordenamiento establecido, las cuales en tiempos normales ni aún siquiera serían punibles, ó para castigarlas más severamente de lo que merecen. Asímismo, tambien en los procedimientos puede suprimirse cierta série de formalidades, las cuales por regla general, ponen al juez á salvo de la precipitada manera de proceder, así como á las partes de que con ellas se obre injustamente, pudiendo, por el contrario, echarse mano de procedimientos más expeditos y abreviados. Esta excepcion, sin embargo, debe sólo ser permitida cuando en realidad de verdad tenga de ella necesidad el Estado, mas sólo debe ponerse en práctica mientras ésta dure, debiendo observarse que, aún en estos casos, jamás, en ninguna circunstancia debe dejarse de observar la esencia de la justicia pública. Segun esto debe tenerse en cuenta sin condicion de ningun género que á nadie podrá juzgarse sin que se le dé oportunidad pára defenderse, puesto que la sentencia debe siempre aplicarse como tal, y por ningun caso como acto arbitrario. De donde se sigue que tambien debe asegu-

rarse la forma legal de la justicia, debiéndose castigar solamente la violacion real del derecho, y nunca ni en ningun caso la simple sospecha de la trasgresion (1).

2. La publicidad de la administracion de justicia fué regla reconocida desde los tiempos antiguos en que toda la vida pública se desarrollaba, digámoslo así, al aire libre, sin ser, como en nuestros dias, efecto del puro egoismo. Los pretores romanos levantaban sus tribunales en los mercados públicos así como los jueces alemanes se sentaban para juzgar bajo de un tilo silvestre ó de una encina, sin más proteccion contra la intemperie que el ramaje de las copas, pudiendo solamente administrarse justicia miéntras el sol estaba sobre el horizonte. Sabido es tambien que en la época bizantina las basílicas dejaban abierta de par en par sus puertas.

La reforma verificada en la Europa moderna que cerró las salas de justicia para introducir el secreto en los procedimientos, llegó á ejercer generalmente su influencia durante los siglos XV y XVI. Muchos fueron los motivos que cooperaron para producirla: en primer lugar el principio de la inquisicion comunicado á la justicia pública por la educacion eclesiástica de la conciencia, el cual en el procedimiento penal, á guisa de temerosa fiera, escudriñaba los más ín-

---

(1) Ha habido furibundas revoluciones y apasionados déspotas particulares que han dejado muy atrás estos límites; mas en tales casos no podemos decir que se haga justicia, sino que reina la negacion de toda justicia, aunque sea el Estado quien pretenda legitimar, por medio de leyes, semejantes desmanes. Hay eternos principios de derecho que están muy por encima de la voluntad de todo legislador. Al querer Danton justificar la necesidad de los tribunales revolucionarios se vale de tales argumentos que apénas se le puede leer sin horrorizarse en vista de los funestísimos errores á que se lanza un espíritu tan fuerte: oigamos sus propias palabras: «Il les (les lois extraordinaires) faut arbitraires, parce qu' il est impossible de les rendre précises; parce-que, *si terribles* qu'elles soient, elles seront *préférables* encore *aux exécutions populaires* qui aujourd'hui, comme en septembre, seraient la suite des lenteurs de la justice. En temps calme la société aime mieux laisser échapper le coupable que frapper l'innocent, parceque le coupable est peu dangereux; mais á mesure qu'il le devient davantage, elle tend davantage aussi á le saisir; et lorsqu'il devient si dangereux qu'il pourrait la faire périr ou du moins qu'elle le croit ainsi, elle *frappe tout ce qui excite ses soupcons*, et préfére alors atteindre un innocent que laisser échapper un coupable. Telle est la dictature, c'est á dire *l'action violente dans les sociétés menacées.*» Thiers, *Histoire de la révol. franc.*, II, 320, 348. Sobre las antiguas «comisiones de justicia» en Francia véase á Schäffner, *Historia del derecho*, II, p. 431.

timos arcanos del alma del pecador, esperando cojerla en las insidiosas redes por aquélla tendidas; en segundo lugar, la introduccion de cierta jurisprudencia docta que tenía su orígen en las fuentes de los escritos del derecho romano, la cual, principalmente en el procedimiento civil, haciendo abstraccion de la vida, se iba habituando más y más á aplicar su diligencia y atencion al estudio de los actos escritos; por último, el relajamiento de la participacion política del pueblo en las gestiones públicas; y finalmente la tendencia absolutista, violenta y siempre progresivamente en aumento, de las circunstancias del tiempo.

Unicamente en la época moderna se hizo más grande la tendencia á la publicidad de la administracion de justicia; pero precisamente con ocasion de los experimentos primitivos no pudo desarrollarse tanto ni ejercer tanta influencia como la que tuvo en los tiempos antiguos. Y en realidad de verdad, sólo alumbrada por los rayos de la luz de la publicidad podrá prosperar y merecer la confianza pública la administracion de que tratamos (1). No es cometido propio del Estado escudriñar las conciencias y tender sus miradas hasta las profundidades en que se agita la vida invisible del alma inmortal; porque su mision sólo se extiende á la culpa, cuando ésta se deja claramente traslucir en acciones sensibles, violando en el fuero externo el ordenamiento positivo de las leyes del Estado, por lo cual no debe llegar con su mirada hasta la region del secreto, ni debe arrogarse el ejercicio de la justicia divina sobre la tierra, porque solamente lo que es sensible atañe á la esfera propia de las decisiones del derecho (2).

---

(1) En la Constitucion holandesa § 155 leemos: «Las sesiones de los tribunales de justicia serán públicas, si se exceptúan cuando se tienen las puertas cerradas por ventilarse en ellas asuntos de órden público ó relacionados con la moralidad, en cuyo caso las leyes dictarán lo que hubiere de hacerse.» La Constitucion belga, § 96, y la prusiana, § 93 casi coinciden en decir: «Que las discusiones habidas ante jueces constituidos sobre puntos de materia civil y penal deberán ser públicas. Esto no obstante, podrá prohibirse la publicidad en virtud de pública determinacion fundada en motivos que el juez oportunamente expondrá, siempre que de lo contrario resultasen perjudicados el órden ó las buenas costumbres.»

(2) Feuerbach, *Consideraciones sobre la publicidad y oralidad* página 90 dice: «Si la justicia en persona bajase del cielo á la tierra para encarnarse en algun hombre bajo la forma de juez, todavía para afirmarse en sus funciones como justicia, debe públicamente y á la luz del

La publicidad tiene, sin embargo, diferentes significados, y justo es que comprendamos lo que por ellos se da á entender. El más importante, sin duda, y que no admita igual, se refiere á las mismas partes interesadas y á sus relaciones con el juez. Tratándose del proceso civil, una y otra parte, tienen derecho á esto, y en el procedimiento penal áun los acusados de algun delito tienen derecho á que se les conceda usar de todas vías propias de los procesos, de la acusacion, de la réplica, de los testimonios, de los medios de prueba, de examinar y experimentar plenamente todas las actas y de presentarse ante el juez con plena publicidad, así como con libre uso de todos los instrumentos externos que puedan atestiguar la verdad en favor del acusado, debiendo igualmente saber, no sólo la sentencia, sino tambien los motivos en que se apoya; de modo que cualquier obstáculo que venga á oponerse á tal publicidad debe ser considerado como una sombra que ofusca y enturbia la pureza de la humana Justicia; puesto que en esto precisamente estriba la confianza de las partes interesadas é indirectamente del pueblo con respeto á la veracidad y rectitud de la justicia.

Ménos importante es la publicidad en el segundo de los significados dichos, ó sea en lo que respecta al público, á la multitud, por otra parte tan sólo indirectamente interesada en la administracion de justicia; mas aunque la verdad de este nuestro aserto es incontestable, sin embargo, no por eso debemos dejar á un lado este sentido de la palabra en cuestion, puesto que en él reposa una de las garantías de la seguridad, de la publicidad, entendida del primer modo, no ménos que por ser comprobacion indirecta de la opinion pública sobre la administracion de justicia en general. Grado superior ocupa la materia de que tratamos en la administracion de la justicia penal, porque en ella los intereses públicos son más intensamente afectados que en la admi-

---

dia sentarse en el sil'on de los jueces, y allí esforzarse por arrancar, sino de sus propios ojos, por no tenerlas, las vendas que le impidan ver claro, al ménos de los ojos de los litigantes, ó de cuantos tuvieren que exponer ante el juez sus razones, para que con toda seguridad puedan atentamente observar en todos los pasos que diere y actos que realizase. Siempre que la justicia deja de obrar á la vista de todos, aunque en su íntima esencia persiste intachable y recta, en la opinion vulgar, sin embargo, pierde muchísimo, si es que no lo pierde todo. Un tribunal para ser justo no necesita funcionar en público; mas para no parecer injusto sí lo necesita, áun donde fuere manifiesta la justicia de su proceder.

nistracion de la justicia civil, la cual mira únicamente á las partes interesadas, cuidándose bien poco del público. En efecto, en la última pueden, en consecuencia, admitirse sin graves dificultades algunas excepciones, siempre que la publicidad pudiese acarrear á las partes algunos datos innecesarios ó pusiese el debate público en peligro de afectar á las buenas costumbres; pero, aunque tratándose de la primera, la admision del público en general no constituye ley absoluta, no por eso pueden tan fácilmente como en el anterior caso admitirse limitaciones. Es verdad que puede abusarse de esta publicidad por medio de demostraciones parciales, las cuales, á más de ser una violacion de la dignidad de la justicia, intimidan tal vez á los jueces, y sirven para impedir la eficacia de la justicia penal. Mas entiéndase bien que esta no es en manera alguna una imperfeccion necesaria de la misma publicidad, sino que en su mayor parte debe atribuirse á la debilidad de los jueces encargados de la direccion del debate público y en el concepto nada claro de su posicion y de los poderes que les competen.

Por el contrario, la publicidad de las consultas judiciales, introducida excepcionalmente en algunos paises, no es, á nuestro juicio, bajo todos sus puntos de vista, oportuna; porque, si bien todas las operaciones periciales deben presentarse revestidas de luz, no creemos deba decirse otro tanto con respecto á las consideraciones que las preceden. En efecto, no hay duda que en secreto se piensa mejor y más sinceramente, así como de más buena gana se corrige la opinion errónea anteriormente emitida, y el ánimo es más susceptible de doblegarse ante los argumentos en contra presentados por los demás, cuando todo esto no se verifica públicamente; en una palabra, miéntras la deliberacion permanece encerrada en los estrechos límites de la esfera que le corresponde.

3. Mucha afinidad tiene con la publicidad el principio que preside á los juicios verbales, cuyo valor consiste en la accion inmediata y viva, existente entre las partes y los jueces, merced á cuya condicion queda esencialmente asegurado el verdadero conocimiento de la realidad de los hechos, así como no puede exigirse la confianza en la justicia del juez y la nunca bastantemente alabada popularidad de las causas. En efecto, la escritura es meramente imágen imperfecta de los fenómenos de la vida, porque en ella desaparece,

sin dejar tras sí la menor huella, esa multitud de impresiones recogidas, digamoslo así, por el oido, así como por la mirada directa del juez y de las partes. Si la causa tiene lugar ante aquél y éstas, apoyándose sobre el fundamento de la letra muerta, surge en el ánimo la duda de si el juez conoce exactamente el sentido pleno de la verdad, de si es ó no arrastrado al engaño por los giros alucinadores de hábil y astuta pluma, de si el que ha de juzgar tiene ó deja de tener idea de examinar con diligencia todos los pormenores del proceso; de donde, como es natural, nace la desconfianza, demostrando la experiencia que no pocas veces, por desgracia, hay motivos para ella. Aconteciendo tambien que por una habilidad aparentemente docta que en la escritura haya fundamento y aún ámplio campo para hacer, como vulgarmente se dice, su negocio, tanto las partes como el juez no podrán encontrarse jamás en contradiccion. Muchas veces hemos sido testigos de que el mismo derecho se convierta en entidad plenamente ininteligible aún para los mismos que tanto en sus acciones como en sus relaciones debían atenerse estrictamente á él. Acontece tambien que las partes litigantes sepan en una sola palabra el resultado del procedimiento y reciban nota de las costas que les corresponden, miéntras que, tanto el procedimiento como los principios que dictaron la sentencia, permanecen envueltos en profundo misterio, al verificarse la lectura de las consecuencias deducidas; de modo que, pareciendo que todas estas cosas decían únicamente relacion á las partes, llegaron, sin embargo, á convertirse en mera disertacion empírica de escuela, tanto para los abogados como para los jueces, sin que de ella resultase interés alguno para las partes, como si el ordenamiento del derecho sólo tuviese valor para las personas instruidas y no para la generalidad del pueblo. Consecuencia natural es, sin duda, de nuestra civilizacion, el que la jurisprudencia no sea ya patrimonio comun, como acontecía en los primeros años de la edad de los pueblos. En efecto, el estudio del derecho se adquiere en nuestros dias solamente despues de serios y fatigosos estudios, estando únicamente al alcance de los espíritus que, si es lícito hablar así, se hallan jurídicamente desarrollados, sin que pueda alcanzarla el comun de las gentes, por no ser un bien general. Mas nó por esto debe creerse sea exigencia inconciliable con la administracion científica

de la justicia el que ésta pretenda esclarecer ante la inteligencia humana las razones de su manera de obrar y las ideas legales que determinan sus decisiones. Los procedimientos verbales salvan tambien á los procesos de las irregularidades que en ellos podrían introducirse, puesto que las causas descansan precisamente en la correspondencia directa y viva de las partes y del juez.

El principio del procedimiento verbal, es, por lo tanto, uno de los caractéres fundamentales de todo buen procedimiento y necesidad, no sólo general sino tambien oportuna de todas las diversas maneras en que pueden verificarse los juicios, sin que pueda sacar de él gran provecho la pedantesca parcialidad. El procedimiento por escrito tiene, por el contrario, ventajas características, merced á las cuales pueden descubrirse los defectos particulares del discurso oral. En efecto, el sistema á que nos referimos tiene la propiedad de fijar la palabra, á la cual con mucha facilidad acontece que ó no se presta atencion. ó se olvida, miéntras que lo escrito puede esclarecer con reflexion más tranquila lo que una peroracion excitada é incauta ó una lengua ménos dueña de sí misma podría falsamente expresar. En las relaciones frecuentemente intrincadísimas de la vida moderna, en la cual lo escrito, como elemento de expresion y de instruccion, ocupa puesto importante, no es hacedero desterrar esta práctica sin que se sientan consecuencias perjudiciales, y, por lo tanto, al ménos como excepcion á aquella regla y como modificacion limitativa de la misma, tambien lo escrito debe aprovecharse de la parte que en el procedimiento le compete, como, por ejemplo, de la exacta y estable constitucion del objeto, causa de la controversía del procedimiento civil y de las operaciones preliminares del procedimiento criminal.

4. Finalmente corresponde al desarrollo natural del derecho el principio contenido frecuentemente en muchas constituciones recientes, de que á la sentencia deben acompañar las causas que la motivan (1). Por esta razon el juez

(1) La Constitucion bávara, nos dice, VIII, § 2: «Todos los órdenes judiciales están obligados á hacer que las sentencias vayan acompañadas de los motivos en que se fundaren. En la holandesa, § 155 encontramos estas palabras: «Todas las sentencias judiciales deberán contener los motivos en que se fundan, y, si impusieren castigo, los artículos de la ley conforme á la cual se hubiere sentenciado; todo lo cual había

está obligado de dar por sí mismo cuenta tanto á las partes como al pueblo, acerca de los principios de la justicia que debe administrar y, por lo tanto, la institucion á que nos referimos sirve de dique contra las arbitrariedades y caprichos.

---

de leerse ante el público con las puertas del tribunal abiertas.» La belga dice otro tanto en el § 97.

CAPITULO III.

ORGANIZACION DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.

1. La separacion entre la llamada jurisdiccion voluntaria y la controversia ha sido ya introducida en nuestros dias en algunos Estados, miéntras que en otros una y otra permanecen unidas. El oficio propio del juez no es evidentemente instituir relaciones jurídicas sino restituir á su lugar el ordenamiento violado; de donde la cooperacion del juez no consiste precisamente en la decision de los negocios que están fuera de la esfera de su jurisdiccion, y, por lo tanto, debería recomendarse no se encomendase á los jueces asunto alguno que á ellos fuese extraño. Miéntras se exija semejante cooperacion, por motivos formales, ya para sujetar los asuntos jurídicos á la esfera y defensa de la publicidad, como, por ejemplo, en la enajenacion é hipoteca de las fincas, ya para asegurar la credibilidad en cada una de las operaciones jurídicas, como, por ejemplo, en las protestas de letras de cambio y en la atestacion de firmas, fácilmente se puede, y aun mejor que en otro cualquier caso, procurar la institucion de determinadas personas revestidas de la fé pública necesaria, las cuales, como no tienen poder oficial, no deben ser consideradas como funcionarios públicos, pero que son de utilidad en los negocios privados. A esta especie pertenece la institucion de los notarios y de los medianeros, sobre cuyas funciones, á fin de proteger el buen órden de los procedimientos, toca, sin duda, á los jueces vigilar, aunque proporcionalmente en esto deben emplear poco tiempo, mas cuando por el contrario, la cooperacion del juez tenga por fin examinar las relaciones jurídicas y proveer á que el derecho existente no sea perjudica-

do, así como impedir los contrastes y ocasiones de litigio, en estos casos decimos en que se necesitan oficios públicos, como, por ejemplo, para llevar los libros más importantes (tales como los de nacimientos, contratos matrimoniales, defunciones) hoy hay que comparecer ante la comision respectiva del municipio. Algunas veces la jurisdiccion voluntaria se aproxima más á la controvertida puesto que ésta debe en cierto modo permanecer en la dependencia de los jueces. Esta es la causa porque se ejerce en favor del gobierno y para asegurar el órden legal de los pueblos. Como ejemplo de todo lo que acabamos de decir podía aducirse la aprobacion de los vitalicios, de las fundaciones de los fideicomisos, etc.

2. Puesto que la administracion de la justicia civil se ejerce en interés y á peticion de las partes litigantes, la permision de los árbitros es principio natural de la misma. El Estado no tiene interés alguno para desear que las controversias de los particulares lleguen á su conocimiento, puesto que reporta mayor ganancia con la solucion pacífica de los litigios, no exigida por ninguna de sus funciones. Tampoco existe ningun motivo que pueda excitar celos en el ánimo de los jueces para con los susodichos árbitros, sino que, por el contrario, el Estado tiene interés particular en proteger por su parte la aplicacion de los procedimientos á que nos referimos (1).

Empero si la sentencia de los árbitros no llega á ser exigida por las partes litigantes, en este caso no existe ciertamente medio alguno de ejecucion que pueda ser ordenada por los jueces privados; de donde, por consiguiente, la parte victoriosa se verá, por el contrario, obligada á invocar la defensa de los jueces ordinarios, á los cuales únicamente pertenece el poder autoritativo propio de la administracion de la justicia, en cuyo caso no debe creerse que la sentencia dada por el árbitro sea supérflua y carezca de importancia. Si el árbitro ha sido convenientemente elegido y autori-

(1) *Ulpianus*, L. 3, § 1 de receptis qui arbitrium receperunt: «Tametsi neminem Prætor cogat arbitrium recipere, quoniam hæc res libera et soluta est et extra necessitatem jurisdictionis posita, attamen, ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere Prætor putat, non tantum quod studet lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum disceptatorem inter se elegerunt.»

zado por las partes, si llega á pronunciar una sentencia cuya forma sea clara y cuyo contenido no viole evidentemente los principios de la buena fé (*bona fides*), en este caso el juez, apoyándose en las bases de la referida sentencia que había resuelto la controversia jurídica de las partes, debe asegurarle de su defensa y por ningun motivo permitir que vuelva á incoarse el proceso como si nada se hubiese hecho anteriormente (1).

3. Junto al reconocimiento é institucion de los árbitros encontramos la institucion de la mediacion de los jueces de paz, la cual, por regla general, precede al proceso judicial y ante todo tiene por objeto intentar el que amigablemente termine el pleito ántes de entrar en las vías ordinarias de toda causa: institucion, que bien organizada, no puede ménos de producir los más benéficos resultados. *Más vale mal ajuste que buen pleito*, dice el adagio; y á la manera que á nadie se puede forzar á que disminuya ni en una jota su derecho real, así tambien, sin violarlo en lo más mínimo se debe someterlo á exámen é intentar si es ó no posible algun arreglo pacífico, el cual encontrado, á nadie reportaría perjuicios, no debiendo olvidarse que, aunque el resultado de la solucion no se acomodase completamente á la sentencia que sobre la causa habría de recaer tras interminable proceso y número sin cuento de formalidades, las partes quedan hartamente compensadas de los detrimentos que del arreglo pudieran seguirse, dada la desaparicion de los cuidados que necesariamente habrían de ocasionarse, los ahorros de las costas y de los disgustos que, como mal necesario, acompañan al proceso, quedando restablecido prontamente el ordenamiento jurídico cuando, sin gravar á los magistrados públicos del Estado, se restablecen las cosas por la vía pacífica (2).

---

(1) *Paulus*, L. 19, *pr, de rece.*: «Qualem autem sententiam dicat arbiter ad Prætorem non pertinere Labeo ait, dummodo dicat, quod ipsi videtur, § 1. Dicere autem sententiam existimamus eum, qui ea mente quid pronuntiat, ut secundum id discedere eos a tota controversia velit. Sed si de pluribus rebus sit arbitrium receptum, nisi omnes, controversias finierit, non videtur dicta sententia, sed adhuc erit a Prætore cogendus.»

(2) Ihering, en un escrito notable por su espiritualidad, intitulado *Der Kamf um's Recht*, (Viena 1872), idealiza esta lucha y ensalza la virtud humana que se hace manifiesta contra los demás en la enérgica protesta. Empero, no previene, como debería hacerlo con respecto, la in-

Si la mediacion atañe á los mismos jueces ordinarios, éstos seguramente tienen de suyo el privilegio de conocer mejor el hecho en cuestion, el cual claramente se les revela por medio del proceso, al propio tiempo que pueden ver en modo más profundo la naturaleza del derecho en cuestion. Pero semejante privilegio no se halla contrabalanceado por ninguna otra desventaja de la institucion que nos ocupa, puesto que una parte del mal evitado por obra de la precedente mediacion pacífica del juez, y ordinariamente tambien la mayor parte de este mal ya ha tenido lugar. A más de todo esto, las partes no suelen estar dispuestas á la avenencia precisamente por causa de las operaciones que acompañan al proceso, durante el cual se acumulan los malos humores, y, si suben las costas, tanto ménos abren los litigantes sus oidos para atender á los medios de conciliacion que se proponen, y si precisamente por esto llegan á agotarse las fuerzas de que ántes disponían, esto mismo los empuja á que den, como vulgarmente se dice, su brazo á torcer, y no creemos sea esta disposicion de ánimo de aquellos que pueden ser consideradas como fundamento normal de un acuerdo justo y saludable. Finalmente, el juez no tiene propiamente obligacion de solicitar la avenencia, sino de hacer presente el derecho, y siempre que lo hace con calor se expone á hacer perder la confianza que los litigantes deben tener en la justicia.

Como la institucion de jueces de paz particulares que no tienen por fin pronunciar el derecho que asiste á las partes, sino el de colocarse entre ellas como pacificador, fué introducida en Francia y principalmente en Suiza, para ser imitada despues en algunos de los Estados de Alemania, y en Portugal (1), merece, en consecuencia, ser generalmente reconocida y llegar á adquirir perfeccion más estudiada que la que hasta ahora ha tenido. Es de gran influencia, en lo que á la saludable actividad de los jueces de paz se refiere, el que éstos no sean tratados y considerados como empleados asalariados, propiamente tales, ni como clase de ínfima

moralidad del sofisma que todo lo desvirtúa. El ideal humano no es ciertamente la guerra, sino la paz y la bien intencionada consideracion á los justos derechos del prójimo.

(1) La Constitucion, § 128, dice: «No se incoará ningun proceso sin haber ántes demostrado que se probó por los medios posibles conciliar á las partes,» § 129.

categoría en el órden judicial, sino como personas que en alto grado inspiran confianza y paz en el ánimo del pueblo, de manera que las distintas personalidades del país faltas de intencion de sacrificarse en servicio del Estado, propiamente dicho, y que en él tienen promociones, pero que por la experiencia de la vida y por la posicion social gozan en ámplia esfera de la estima y confianza más grande, de buen grado deberían tomar sobre sus hombros y ejercer tan noble oficio.

4. El organismo de la justicia civil ha sido constituido diferentemente, segun la diversidad de los tiempos y las diferentes circunstancias de los pueblos. Es propio de los Estados despóticos, y particularmente de los del Asia, el sistema de los jueces aislados, los cuales por sí solos, en nombre y con plenas facultades del soberano, se encargan de las causas y pronuncian la correspodiente sentencia. Este sistema, á decir verdad, presenta una ventaja, puesto que el juez competente decide los litigios sin retardo de ningun género; pero en él se reconcentra tanta fuerza de poderes que, por decirlo así, se gasta la naturaleza propia de la administracion de justicia, sustituyendo á esta última la arbitrariedad (1). Por consiguiente, en los Estados libres de Europa dicha forma ha sido desechada, ó, por lo ménos, ha tenido solamente aplicacion limitada y sujeta al freno de los medios jurídicos.

En nuestro continente, desde el siglo XV, va predominando el sistema de colegios jurídicos, los cuales asimismo administran el ordenamiento del derecho y pronuncian la sentencia. Segun la naturaleza particular y la historia respectiva de cada uno de los Estados, los jueces pertenecientes á los centros que los ocupan, son, en mayor ó menor número, nombrados por el jefe supremo del Estado, ó, como acontece en las repúblicas, la eleccion pertenece á los miembros judidiciales. En unos países se requieren para dicho puesto personas conocedoras del derecho; mas en otros éstas suelen mezclarse con jueces imperitos, ciudadanos ó campesinos; pero de ordinario, á todos ellos en masa corresponde el carácter de oficiales de la justicia.

Comparados con la institucion de los jueces aislados,

(1) Véase á Montesquieu, *Esprit des lois*, VI.—Feuerbach, *Publicidad y Oralidad*, p. 357.

estos colegios merecen, sin duda, sobre aquéllos grandes preferencias, no dejando de ser una grandísima garantía de los mismos el que los respectivos jueces pronuncien sus sentencias, no segun su capricho, sino ateniéndose á los principios del derecho, puesto que los miembros comprueban su dictámen con el de los demás compañeros, y no pocas veces sucede vengan á ver las cosas de distinta manera que en un principio, no debiéndose tampoco olvidar que las partes no pueden ménos de mostrar tener mayor confianza en este sistema que en el de los jueces aislados. Por otra parte, no puede negarse que en estos colegios se ha llegado á perfeccionar el espíritu comun y se ha remontado á mayor altura por obra de la perfeccion científica del cargo y la contínua práctica en la administracion de la justicia. El gremio de los jueces posee en la Europa moderna cierto sentimiento vivo de honor que moralmente fortifica á cada uno de los miembros y los defiende contra todo género de irregularidades, sentimiento que, sin duda alguna, es herencia de tiempos más antiguos y que debe ser diligentemente conservado en lo porvenir.

A pesar de cuanto acabamos de decir, esta institucion no está tampoco libre de muchos defectos que hacen pensar si será ó no necesario se introduzca en ella alguna reforma capital. En efecto, las dos funciones de todo juicio, íntimamente distintas entre sí, son la sentencia y el juicio en el más estricto sentido de esta palabra. Ahora bien, segun tal institucion, una y otra funcion pertenecen á las mismas personas, miéntras que la diferencia que acabamos de señalar parece exigir distincion áun en los mismos órganos.

Todos y cada uno de los jueces que pueden igualmente sentenciar tienen carácter de oficiales, miéntras que, sólo la administracion del derecho posee cualidad oficial, presuponiendo, por lo tanto, un cargo; mas la otra funcion por el contrario, esto es, la investigacion de la sentencia, no es en manera alguna manifestacion de poder, puesto que las mismas personas privadas podrían en casos dados ejercerla. Si estos colegios judiciales se componen exclusivamente de personas versadas en la ciencia del derecho, la sociedad correrá peligro de que el derecho científico se haga ininteligible para el pueblo y de que quede rota la necesaria conexion con las fuentes inexaustas que las leyes abren á la vida cuotidiana y á los negocios con ella relacionados; y si,

por el contrario, reconociendo el elemento popular y de inteligencia vulgar sobre el desarrollo jurídico llegan á mezclarse los peritos en la materia con los que no lo son, entónces esta mezcla no podrá ménos de ejercer cierta impresion inorgánica, demostrando la experiencia que las personas no versadas en las leyes del país, sintiendo continuamente la superioridad de los letrados á causa de su falsa posicion de igualdad con respecto á éstos, no sólo son arrastradas á imitarlos, sino tambien á sobrepujarlos en formalidad, siquiera sea para granjearse la reputacion que aquéllos gozan en materia de derecho. Su posicion, digámoslo así, oblícua y media, no los defiende en manera alguna, sino que pone en peligro la consideracion debida al derecho material. Por último, por semejante composicion burocrática de los colegios judiciales se hace más difícil y más limitada la facultad para rechazar á determinados jueces, con lo cual no se tiene en consideracion la máxima principal de la administracion de la justicia civil, en la cual los Romanos merecidamente tenían puestos los ojos: la máxima, en una palabra, que enseña que sólo debe sentenciar aquel en quien ambas partes tengan confianza, único que debe sentenciar directamente (1). Finalmente, semejantes colegios exigen gran número de empleados judiciales, atraen á los respectivos puestos muchas fuerzas medianas, impiden la conveniente dotacion del órden judicial que carecerá del sueldo que necesite, y son, al propio tiempo, de grave carga á la Hacienda pública.

5. Aquí creemos justo observar, cómo los pueblos, que principalmente se encuentran dotados de saludable constitucion judicial, á más de la diferencia en las funciones á que ántes aludimos, han reconocido tambien, y en parte reducido à práctica, en el organismo, cierta division de los órganos que corresponde á aquella distincion.

a) Los antiguos Romanos dividieron directamente el proceso en dos partes, una que de derecho tenía lugar ante el magistrado, elegido por el pueblo romano para administrar el derecho (*jurisdictio*), y otra que venía á juicio ante el

---

(1) *Cicero* pro Cluentio, c. 43: «Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, *nisi qui inter adversarios convenisset. De Oratore*, II, 70. *Valerius Maxim.* II, S. 2.»

juez, el cual recibía, como persona privada, del magistrado el encargo de sentenciar. El magistrado era siempre solamente único y su poder tenía gran extension; mas no por esto dejaba de quedar circunscrito en los límites del derecho por las costumbres, edictos consuetudinarios, breve duracion de su cargo, poder de los otros magistrados y por la division, en fin, del proceso. Los jueces eran, por el contrario, muchos en número y el tribunal de los centumviros no era más que un numeroso colegio; pero en la mayor parte de los casos sólo había una persona investida de esta dignidad. No hay, pues, exactitud en aquellos autores que atribuyen al magistrado las decisiones sobre las cuestiones de derecho y al juez únicamente las de hecho. El juez no solamente debía dirigir el proceso de las pruebas y pronunciar su opinion acerca de la cosa controvertida, sino que tambien discutía la controversia del derecho y pronunciaba la sentencia del mismo. Esto precisamente se daba á entender en el apotegma del derecho romano: *res judicata jus facit inter partes.* De aquí es que el juez necesitaba del consejo de los letrados, á los cuales consultaba en los casos graves, ayudando los mismos tanto al juez como al magistrado, que no debía ser necesariamente jurisconsulto, con su sabiduría, aunque ni el juez ni el magistrado quedaban obligados á seguir el dictámen por aquéllos emitido. El magistrado, sin embargo, pronunciaba los principios segun los cuales el juez debía administrar el derecho: primero lo hacía en general, en su edicto, y despues participaba al juez las instrucciones limitativas y preceptivas pertinentes á las controversias particulares, cuyas instrucciones debía observar aquél tanto en el debate como en el juicio.

Unicamente merced á esta division del proceso se explica de suyo, cómo en Roma, cabeza del mundo, durante tantos siglos un sólo pretor pudo ser suficiente para dirigir toda la inmensa cantidad de los procedimientos civiles: hecho que sólo encuentra semejante en Inglaterra donde los doce jueces supremos son capaces para expedir la gran série de todos los procesos del reino que llegan á su conocimiento.

Ahora bien, esta institucion romana no convendría tampoco á nuestras modernas condiciones. Nuestra cultura jurídica hace, por lo tanto, necesario que los magistrados que deben administrar el derecho sean jurissta científicamen-

te cultos y que no sólo dirijan el principio, sino tambien todas las operaciones del proceso entero, puesto que en vano podrían nuestros magistrados y jueces rodearse de un consejo de juristas que les prestasen libre auxilio.

b) Tambien en la Edad Media se distinguía en Alemania entre el juez, el cual, como magistrado dirigía el proceso, y el sentenciante (regidor) el cual, como particular é igual á las partes, daba sentencia y pronunciaba segun los interrogatorios hechos por el juez. No se crea que en este procedimiento existiese separacion entre la cuestion de derecho y la de hecho, pues el debate se refería igualmente á ambas cosas y los sentenciantes buscaban el derecho (1). Sin embargo, aquí la influencia del juez era mucho más limitada que la del magistrado romano, pues no tenía que dar precepto alguno legislativo, ninguna instruccion, sino que se limitaba á la direccion formal del proceso y á proponer las cuestiones á los encargados de dar la sentencia, cuya respuesta no era más que la libre manifestacion de su convencimiento jurídico, de su ciencia y conciencia, existiendo tal que otra vez algun caso en que los corregidores abandonaban el lugar en que estaba sito el tribunal, alejando de sí al mismo juez que instruía la indagatoria, para ponderar en secreto más libre y tranquilamente la sentencia que habían de dar. Así como entre los Romanos la participacion en el ejercicio de la justicia por medio de la sentencia, era un deber cívico, que reposaba principalmente en las clases más distinguidas y acomodadas de la poblacion, así tambien entre los Germanos esta participacion era con preferencia determinada por el principio democrático de la igualdad entre los sentenciantes y las partes.

c) La institucion inglesa de los jueces jurados empleados aun en materia civil, institucion que ha sido generalmente reconocida y progresivamente aplicada en la América del Norte (2), distingue entre jueces, como funcionarios públicos, y jurados como personas privadas. Esta institucion fué imitada de la antigua Constitucion judicial de Alemania, pero desde sus principios tomó carácter especial (3). No

---

(1) Por decreto especial se pretende introdcir en la Constitucion sueca la antítesis, refran del «Juez que juzga y Namud que demuestra.»— Véase al Dr. Schlyter en el *Diario de Mittermaier*, V, p. 426.

(2) Tambien en Portugal, Constitucion, § 118.

(3) Segun Biener (en el *Diario* de *Mittermajer*, XIX, p. 165), el Ju-

sólo la direccion de los trámites del proceso sino tambien la revelacion y defensa de los principios del derecho, la jurisprudencia, en el pleno sentido de la palabra, se halla ya reconcentrada en el juez; de suerte que evidentemente este ordenamiento, que en cierto modo reune toda la autoridad del derecho en ministros capaces, y por su cultura, por su oficio, por su posicion expresamente aptos para el objeto, corresponde en parte á las necesidades de la civilizacion de los tiempos actuales, y en parte á la verdadera idea de la justicia.

En el continente europeo se tiene por costumbre en esta materia de la constitucion de los jurados, mirar á éstos en particular; pero la posicion y el continente, digámoslo así, de los jueces es más influyente y decisiva en los trámites de las causas que la participacion de los jurados. La autoridad del juez conexiona las diversas partes del todo y dirige continuamente á los jurados. Donde existen pocos jueces su posicion externa es tan encumbrada que sólo llegan á tal dignidad las personas científicamente cultas, las cuales ya han adquirido nombre distinguido y extraordinaria pericia en los negocios, habiendo pasado muchos años de su vida, en calidad de abogados, en la práctica de los tribunales. Los mismos dirigen, en realidad de verdad, como jueces aislados las juntas de de los jurisconsultos, si bien son ayudados en sus tareas; pero como tambien son miembros de la sala de justicia que juzga como tribunal de apelacion; todos los jueces están en íntima union, se participan mútuamente las lecciones que reciben de la experiencia y conservan así de consuno la unidad é igualdad del ejercicio del derecho en todo el reino. Segun la ley inglesa, el juez no debe dirigir las sesiones en el condado donde nació ó está domiciliado. Así, pues, los jueces aparecen de tiempo en tiempo en medio de los condados como funcionarios de la jurisdiccion política, revestidos al efecto del honorífico esplendor del Estado y con la elevada autoridad de cierta superioridad espiritual y cierta imparcialidad característica, miéntras que los jurados, como las partes, se refieren en sus acuerdos

---

rado entró á formar parte de los procesos civiles en sustitucion del duelo judiciario, por los años de 1164 á 1176.—Véase á Blackstone, III, 23.—Marquardsem, en su *Diario crítico de la legislacion extranjera*, cuaderno XXI. Para imponerse en la opinion contraria conviene leer á A. Orelli en el *Diario* de Schanberg para la legislacion de Zurich.

con la mayor confianza y con no pequeño provecho á las palabras de aquéllos.

A la manera que la jurisprudencia ha encontrado en los magistrados un órgano poderoso, así tambien los jurados elegidos por el pueblo,—puesto que juzgan las controversias de hecho,—dan garantías á las partes de que nada se decidirá acerca de sus intereses sin oir la opinion de personas de igual categoría que la de los litigantes, mereciendo, por consiguiente, la confianza pública en la vida cuotidiana.

Mucho más fácilmente puede cuidarse de que los jurados sean imparciales cuando se nombran por eleccion que cuando juzgan colegios ya establecidos, y por esto se echa tambien mano de varios medios para rechazar á los propuestos *(challences)*, los cuales únicamente son aplicables, tanto contra la lista completa de los jurados, cuanto contra cada uno de ellos, siendo además suficiente garantía de que los mismos son capaces para comprender y juzgar las controversias, ya la direccion judicial, ya la experiencia de la vida de los que componen el jurado, y, cuando son necesarios conocimientos técnicos sobre alguna materia en particular, se introducen indivíduos especiales. La jurisprudencia inglesa tiene más especialmente que otra alguna cierta inclinacion tradicional al formalismo; mas, á pesar de esto, la participacion que los jurados tienen en los juicios demuestra, sobre todo, que la administracion inglesa, en materia de, justicia ha permanecido siendo racional y comprensible, de modo que tal formalismo, por otra parte, en estos tiempos importantemente temperado, no debe ser tenido como consecuencia de la cooperacion de las personas privadas. Por consiguiente, los Ingleses ven en último término en los jurados no sólo una de las más fuertes y más gloriosas columnas de su libertad privada, sino tambien de su derecho privado. Los jurados actuales se diferencian de los jurados de los tiempos medios, ya por no formar un gremio, y precisamente por esto permanecen en contínua union con la vida privada sin ser un colegio de empleados, ya por la antítesis existente entre las cuestiones de derecho y las de hecho, puesto que los jurados dan su veredicto solamente en éstas, miéntras que los regidores se extendian tambien á las sentencias en materia de derecho (1).

---

(1) La Constitucian de Portugal, dice, § 119: «Los jurados fallan

Desde muy atrás encontramos extendida por toda Alemania la opinion de que la institucion de los jurados no podría en manera alguna ser aplicable y provechosa á la administracion de la justicia civil en aquel país, ya que los conocimientos científicos del derecho privado de la nacion sólo son posibles á los que pasan por las aulas en que se enseña la jurisprudencia romana y germánica. Unicamente la distincion y separacion entre la cuestion de derecho y la de hecho, tal cual se halla establecida en Inglaterra, y la competencia de la sábia autoridad del juez relativamente á aquélla puede resolver plenamente dicha dificultad. Seguramente que será más difícil la tarea de los jueces ingleses y americanos, obligados á beber debidamente en las fuentes del derecho nacional, y á poner ante sus ojos todo el sistema jurídico existente, ya muy desarrollado, que el trabajo que podría costar á los alemanes el familiarizarse con el derecho romano comun, con el derecho aleman y con el privado, no habiéndose jamás oido decir que los jueces ingleses hayan encontrado en alguna ocasion estorbo por parte de los jurados para cumplir su cometido.

d) En algunos Estados alemanes encontramos abierto un nuevo camino para el mismo fin, gracias á la formacion de los tribunales de comercio, puesto que están formados de un solo juez, jurisconsulto, como presidente y director del proceso, y de cierto número de comerciantes que ejercen algun cargo honorífico. Esta union del cargo político oficial y de los cargos honoríficos de ciudadano asegura á la ciencia del derecho la influencia conveniente y la obliga á permanecer en armonía con la comprension jurídica del pueblo, no siendo improbable que en lo porvenir esta institucion halle más ámplia aplicacion en los otros procesos civiles.

6. El antiguo derecho romano, así como el antiguo derecho aleman, no tenía conocimiento alguno de las muchas instancias del proceso civil. En los tiempos modernos, por el contrario, se considera el reiterado exámen y decision de la causa en cuestion por medio, de un tribunal de apelacion el cual ocupa muy alta categoría y puede ser considerado como el paladion del buen derecho. Tambien en Alemania

---

sobre el estado del hecho en cuestion; los jueces aplican la ley.»

se da, bajo el punto de vista de la constitucion, cierta importancia á las tres instancias (1). La posicion de los primitivos tribunales del Imperio y su relacion con los tribunales inferiores y superiores de los territorios particulares explica históricamente esta tendencia, pudiéndose comprender que en la forma escrita de los actos procesales no se comprendía suficientemente la conveniencia de la misma. Además, los motivos íntimos que se apoyan en la naturaleza de la administracion de justicia difícilmente podrían explicarse, así como, si llegase á introducirse el principio de la forma verbal, tambien habría que introducir una reforma radical (2).

Por el contrario, en el ordenamiento propio del sistema de dos instancias, inferior y superior, se reconoce con razon uno de los más importantes baluartes de la buena administracion de justicia; porque no solamente asegura la posibilidad de nuevo exámen del proceso mediante un tribunal superior colocado en lugar más eminente, que de nuevo y más tranquilamente examina el proceso ya terminado en primera instancia para ver si en él existe algun género de irregularidad, sino que tambien garantiza la mayor seguridad de la justicia de la sentencia definitiva, inspirando, por lo tanto, á las partes mayor confianza en la bondad de la administracion é influyendo además saludablemente la conciencia de esta posibilidad en los indivíduos de los tribunales inferiores, de suerte que proceden ménos arbitraria y negligentemente que cuando presumen fallar como autoridades supremas. Empero en los Estados de mayor extension donde un sólo tribunal no puede bastar para entender en la gran aglomeracion de procesos apelables, debe instituirse un tribunal de casacion, ó

---

(1) Véase á Zacharía, *Derecho público aleman*, II, § 171. Tambien el acta definitiva de Viena, publicada en 1820, requiere en el art. 12 *tres instancias*.

(2) Véase á G. Geib en la obra, *Reforma de la vida jurídica alemana*, p. 85. Con razon hace notar este autor que segun la hipótesis apuntada, debería suprimirse el envío de las actas judiales al Tribunal de la Facultad de derecho, á quien no faltarían medios para egercer su benéfica influencia sobre la jurisprudencia práctica por otras vias, sobre todo publicando doctrinas y advertencias jurídicas que la habían de elevar muchísimo en la opinion. En efecto sería muy conveniente que los miembros jurisperitos de las Universidades tomasen parte en la práctica judicial, á fin de entablar la verdadera armonía que debe existir entre la doctrina científica y la ciencia de la práctica.

tribunal supremo cuyo fin principal sea cuidar de la unidad del derecho y de sus formas. La institucion francesa del tribunal de casacion tiene de comun con el concepto aleman del tribunal supremo, ó que ámbos deciden en las apelaciones por algun error jurídico contenido en la primera sentencia, diferenciándose así mismo en que el tribunal frances anula el proceso en que se han violado las formas, la sentencia en que se ha violado el derecho, remitiendo el proceso á nuevo juicio, miéntras que el tribunala aleman, en cuanto es posible, da valor á la exactitud del principio jurídico corrigiendo la sentencia.

En los puntos en que existe, áun en materia civil, la institucion de los jurados, la apelacion, sin duda alguna, no sólo no debe traspasar los límites de las cuestiones de derecho, sino que tampoco debe extenderse al terreno de los hechos, pudiendo demostrarse con el ejemplo de Inglaterra que para todas las causas bastaría un sólo tribunal supremo.

CAPITULO IV.

ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA PENAL.

1. Durante la Edad media encontramos casi en todos los ángulos de la Europa romana y germánica una triple gradacion de la justicia, cuyo fundamento debe reconocerse en las primitivas divisiones del pueblo aleman. A los distritos, centenas (*huntari*) y burgos (*comunes*), correspondía ya en los tiempos antiguos cierta organizacion triple de la constitucion militar y judicial. Del mismo modo, en tiempos posteriores se introdujo en Francia la jurisdiccion alta, media y baja (*jurisdiction haute, moyenne et basse*), en Alemania el alto y bajo prebostazgo (y áun el medio), y la jurisdiccion de los señores y margraves. Esta escala jurídica corresponde á la triple distincion de las violaciones punibles y á la diversa determinacion de la competencia judicial; á saber á los rompimientos de las paces, propiamente tales, los cuales parecían sacudir en sus profundos cimientos, ó más bien romper la paz, por lo que el perturbador merecía ser colocado fuera de la defensa, no sólo de la paz, sino tambien del derecho, y ser perseguido y áun muerto como enemigo; á los crímenes, que decían relacion á la vida del cuerpo y que estaban sujetos al juicio y á los castigos de los jueces supremos á quienes el rey confería directamente la jurisdiccion criminal; á los atentados y hurtos que, aun que violaban asímismo el ordenamiento jurídico, no lo infringían, sin embargo, de modo que únicamente por el esterminio del delincuente pudiese subsanarse la infraccion que por ende quedaba suficientemente expiada con pena pecuniaria y corporal, respetando, segun la expresion alemana, desde la piel hasta los pelos (*an Haut und Haar*), esto es,

completamente la existencia del individuo que quedaba sujeto á la jurisdiccion de las centenas, ó lo que es lo mismo, del prebostazgo (*medio*), en el sentido ordinario de esta palabra. Tal fué, por lo regular, la jurisdiccion penal de aquel tiempo, pues las simples inconveniencias y finalmente, los desórdenes de mera importancia local, se expiaban y castigaban en los tribunales locales de los señores, ó en los países en que aún se conservaban las confederáciones libres de las marcas en los mismos tribunales de la comunidad.

Esta division tiene importancia permanente, si bien tiene necesidad para nuestro actual desarrollo jurídico de algunas modificaciones. Nosotros acostumbramos á distinguir entre crímenes, los cuales son juzgados y castigados ante los jueces jurados; delitos, que pertenecen á la jurisdiccion de los tribunales medios y que están encargados á los colegios; y contravenciones de policía, que, en lo que al juicio y á la pena atañe pertenecen á los jueces ínfimos de policía. A causa de motivos particulares, tal vez algunas especies de delito tocan ora á jueces jurados, ora á los de la policía; es decir, á los unos porque se intenta obtener mayor garantía por la diligente y desapasionada administracion de justicia, y á los otros porque, á causa de su poca importancia, son considerados idénticamente que los meros desórdenes.

La antítesis empero entre delitos (*delicta, misdemeanours*) y crímenes (*crimina*), ya notadas por la conciencia general de los pueblos, existe en la esfera propia de la jurisdiccion penal, y debe ser observada en la organizacion de la administracion de la justicia; ambas cosas, sin embargo, tienen un punto comun, esto es, que para ámbas el ordenamiento público del derecho queda violado y perturbado en sus estables relaciones. No son un mero error civil que puede ser expiado con sola la reparacion, ni simples contravenciones de policía que son castigadas más en interés del órden que por causa de la justicia, la cual debe victoriosamente afirmarse en el castigo de los culpables, que se diferencian entre sí como lo general de lo particular, considerándose bajo cierto respecto al crímen como delito calificado:

a) porque la accion del delito, perturbadora de todo el Estado, no respecta solamente á una parte del mismo, ya que el delito de lesa-majestad, por ejemplo, es un crímen,

así como la mera resistencia contra el poder oficial puede ser considerado como un delito; ó

b) porque se manifiesta en grado supremo el extraordinario peligro, ó moral depravacion en la especie de accion propia del delito; así por ejemplo, el rapto, el hurto con rotura, el estupro, son crímenes, miéntras que, por el contrario, el hurto simple, los abusos sin graves consecuencias, los fraudes, pueden muy bien ser considerados por regla general como delitos, é igualmente todas las acciones susceptibles de pena por simple negligencia:

c) algunas veces tambien, porque la medida del daño llega á un grado extraordinario, así como el agua en la vida natural, al ser calentada hasta cierta temperatura se trasforma en vapor, por lo que los hurtos, por ejemplo, que se extienden á grandes sumas, se convierten en crímenes. A pesar de todo, la distincion más exacta en esta materia depende del desarrollo particular é histórico y de la legislacion del derecho penal en cada una de las naciones. Ciertas especies, de penas, como la de muerte y las corporales, las de presidio y casas de correccion, la deportacion, convienen, por lo tanto, solamente á los crímenes, y no deberían por tanto ser aplicables á los delitos, aconteciendo que aquéllos son juzgados en el tribunal supremo y éstos por los jueces inferiores (1).

2. A la idea de la justicia penal corresponde la persecucion y acusacion hecha de oficio por una autoridad pública y por los procuradores del Estado. Ni el interés privado, ni la remision, aunque justa, del violado puede comparecer en primer lugar, sino que á la justicia del Estado atañe manifestarse en el apogeo de su poder en interés del público. El proceso penal no es una controversia entre dos partes que con iguales armas contienden en campo igual, sino un desarrollo de la justicia violada, la cual llama á cuentas al violador. Por consiguiente, no debemos mirar al procura-

---

(1) Mucho se disputó al principio en Alemania sobre la admision y verdadero sentido de la antítesis en cuestion, hasta que desesperados algunos juristas de encontrar propia é idónea razon de ser de la misma, creyeron deber basarla sobre la diferencia de la conminacion de la pena, y hé aquí por qué la jurisprudencia alemana sobre todo ha fundado la esencia del crímen en la amenaza de la pena por parte de la ley; cuando en realidad de verdad tanto la ley como la pena, son á todas luces consecuencia y no fundamento, no sólo del crímen y del delito mismo, sino hasta de la diferencia entre ellos existente.

dor público solamente desde el punto de vista de las partes, ni aquél debe sólo poner de manifiesto las razones en que se funda la sospecha y la culpa, sino que debe tambien examinar y considerar las razones que pueden militar en favor de la inculpabilidad ó atenuacion de la culpa. Dicho funcionario debe obrar desapasionadamente (imparcialmente), así como lo hace el juez; puesto que sólo su posicion está ménos libre de preocupaciones que la del juez, en cuanto que su principal cometido es la acusacion, mientras que en nombre de la justicia está obligado á iniciar el proceso primeramente con el acusado, para ser, en consecuencia, una parte del proceso. Por estas razones es mejor que el procurador del Estado esté constituido como órgano particular, separado de los jueces propiamente dichos, así como en la Edad Media acontecía en alguno que otro país, que á los jueces se encargase de la acusacion pública.

En varias constituciones de la Edad Media se descubren algunos gérmenes de la institucion del procurador público, á los cuales, por ejemplo, pertenecen los inquisidores y justicias de algunas ciudades de Alemania (1); los bailes (oficiales de la corona) de Suecia (2) que toman parte áun en las investigaciones que atañen al juez; los procuradores del rey (*procureurs du roi*) en Francia, los cuales en un principio eran representantes judiciales de los intereses del domanio real parecidos á los abogados del fisco romano y que, por lo tanto, actuaban como acusadores públicos (3) en los casos en que no existía acusacion privada. Empero el mérito de haber perfeccionado tan importante institucion debe atribuirse á Francia. En efecto, Napoleon I creó, ántes que todos, el cargo de procurador general, que, como acusador público, dependía del ministerio de justicia, habiéndose despues imitado esta institucion en otros muchos Estados, en donde con frecuencia se procuraba evitar los defectos que presentaba la francesa, con lo cual los procuradores del rey llegaron á gran altura áun considerados frente á frente de los jueces.

Las funciones del procurador del Estado se dividen segun los grados de la constitucion judicial; pero, sin embar-

(1) Véase nuestra obra *Historia del derecho en Zurich*, I, p. 405.
(2) Ziemszen, en el *Diario* de *Mittermaier*, XII, p. 331.
(3) Schäffner, *Historia del derecho francés*, II, p. 432 y sig.

go, de tal modo que en todo caso las cargas se confien á individuos, pero no á colegios, estando aquéllos subordinados á funcionarios que, aunque individuos tambien, ocupan puesto más elevado en la gerarquía correspondiente. El cargo á que nos referimos, en realidad debe considerarse como propio de la justicia, porque propiamente depende de la administracion judicial y, por lo tanto, está sujeto á la inspeccion suprema del ministerio de Justicia, mas no al ministerio Interior; porque esta doble relacion ocasionaría en la práctica confusiones y mistificaciones. Más bien puede concederse que la policía judicial deba prestar en todo tiempo el necesario auxilio á la administracion póblica, cuando haya que buscar algun fundamento para el proceso criminal de que se trate, é inquirirse las huellas de los reos (1).

Por regla general, la ejecucion del proceso oficial, al ménos en el caso en que el crímen ó falta venga á los tribunales ó recaiga sobre uno ú otra la correspondiente sentencia, ha adquirido la energía propia del carácter de la justicia criminal, así como tambien todas las trazas de la justicia pública; pero al propio tiempo sube de punto el temor de que puedan introducirse abusos. Tambien puede el influjo de los manejos de los partidos retardar la persecucion de los delincuentes, cuando la pasion que aquéllos informa puede considerarse útil para tal objeto. De aquí es que se hace necesaria cierta acusacion subsidiaria por parte del Estado, la cual se ofrece á los ciudadanos en garantía del derecho público y por cuyo medio puede llevarse á manos de la justicia gran número de criminales. Solamente podrán ofrecer garantías de esta naturaleza en contra de las

---

(1) Gneist, en su obra *Cuatro preguntas sobre el procedimiento criminal en Alemania* (Berlin, 1874), considera sábiamente á los procuradores del Estado como á funcionarios de policía, y muestra deseos de que estén subordinados al propio tiempo al Ministerio Interior (en cuanto son directores puestos por la policía para estar al frente de los jueces de la misma) y al de Justicia, en cuanto que están comprendidos en la organizacion de la administracion del derecho criminal. Este doble modo de ver las cosas nos parece digno de consideracion. Cuando por la acusacion del ministerio público la accion política es la que da materia para obrar y la que dirige, el oficio que nos ocupa es creado para que el procurador del Estado inspeccione el procedimiento usado por los jueces, y sería perjudicial para este fin si el punto de vista de la conveniencia de su accion llegase á tener un límite determinado. Véase tambien lo que dice Heine en su *Exámen sobre el proceso criminal*, Leipzig, 1875, pág. 4, así como *Los fundamentos de la accion de las leyes en el Imperio aleman*, sobre procedimientos judiciales, V. 1875.

que podrían ofrecer la frivolidad y la mala intencion, así como en favor de la seguridad individual y de las familias, la representacion de las personas honradas y las acusaciones que provengan de las personas particulares (1).

3. Más generalmente que en el proceso civil, al ménos en la superior administracion de la justicia penal, se ha difundido la institucion inglesa de los jueces jurados *(jury)* en América, y posteriormente en Francia y en muchos países latinos, así como en los tiempos más remotos en Alemania y en Suiza. Al trasplantarse, sin embargo, esta institucion á suelo extranjero, ha sufrido mucho y seguirá sufriendo hasta que en todas partes en donde es acogida, no se convierta con su crecimiento y madurez, en institucion conforme con las relaciones nacionales y con las necesidades de la buena administracion de justicia de cada país.

En dos cosas evidentemente consiste la esencia del juicio en que toman parte los jurados: 1) en la separacion de la sentencia en dos partes, á saber, en sentencia sobre la cuestion de hecho, la cual comprende indisolublemente la cuestion jurídica de la culpa ó de la inculpabilidad, y la en sentencia sobre la cuestion de derecho, ó sea la aplicacion de la ley penal y la determinacion de la pena; 2) en la correspondiente distincion en el organismo del tribunal, de módo que sobre la cuestion de hecho fallan hombres del pueblo por medio del veredicto, los cuales de ninguna manera deben ser letrados ni corregidores constituidos en gremio, sino jurados mudables destinados á este fin por los tribunales particulares, mientras que la sentencia acerca de la cuestion de derecho pertenece, por lo contrario, á los jueces, como oficiales jurisconsultos y constituidos para la administracion.

El fecundo éxito de esta institucion depende principalmente de que no exista animosidad alguna hostíl entre jueces y jurados, sino que ambos elementos cooperen á la administracion de la justicia y que consiguientemente los jueces que dirigen el proceso afirmen su superioridad espiritual, merced al modo particular de verificar esta direccion, sin quedar formalmente pasivos, dejando envilecer la administracion de justicia por los engaños de los abogados y por

(1) R. Gneis, sobre la acusacion privada en los debates del *Diario del Derecho aleman.*

los efectos de las pasiones de las partes, sin ingerirse tampoco parcialmente en el contraste de las mismas, aparentando cierta hostilidad inconveniente. El principio del proceso con jurados no es que las personas imperitas en el derecho sean más aptas para sentenciar que los jurisconsultos, sino solamente que deba sufrir pena á causa de un delito aquel cuya culpa se haga evidente á la misma inteligencia comun y al sentimiento jurídico natural de personas elegidas de entre el pueblo. Al juez, pues, toca la institucion en materia de derecho y conservar íntegra la dignidad de la justicia; de donde no debe dejarse á un lado la influencia que esta autoridad ejerce en tal posicion, puesto que ella es la que da sério sosten á todo el proceso, lo cual solamente consigue cuando no toma en él parte, sino que, sin presuncion de ningun género, sigue el camino medio entre el acusador y el defensor.

Además de ésto, es de suprema importancia en la materia la manera usada en la formacion de las listas de los jurados. Parécenos que con razon han notado otros no ser suficientemente clara la diferencia existente entre los jurados generales y los esenciales (1), si bien en el procedimiento usado en Inglaterra se dejan ver bien á las claras los gérmenes de esta diferencia. Debemos entender por jurados generales aquellos en los cuales, como sentenciantes, no se necesita ningun conocimiento particular y distinto para llegar á formar opinion propia y segura, así como para pronunciar una sentencia verídica. La mayor parte de los procesos penales pertenecen á esta clase. Los jurados especiales son necesarios cuando el juicio acerca de la cuestion de hecho y sobre la culpa, ó no es posible, ó lo es sólo difícilmente sin conocimientos particulares. Para los primeros basta la experiencia que de la vida tienen hombres inteligentes, tales cuales por lo comun se encuentran en las clases medias del pueblo; pero siempre que se necesiten conocimientos particulares, como los necesarios á la segunda clase de jurados, no podrán obtenerse sino mediante cierta cultura particular, debiéndose, por consiguiente, en semejantes casos, hacer la correspondiente eleccion en las esfe-

---

(1) Pinheiro sobre la institucion del jurado en el *Diario* de *Mittermaier*, VIII, p. 387 y sig. En algunos puntos no puedo ménos de disentir de las ideas de este autor.

ras sociales que estén á la altura del requerido tecnicismo. Esto rige con respecto á los procesos en que son muchos los autores que propenden á convenir en la verdad de esta observacion, á saber en los procesos de la prensa. Mientras los simples ciudadanos ó aldeanos son á propósito para dar en la cuestion de hecho que se les somete, una sentencia segura, apoyándose en las deposiciones de los testigos y las relaciones del acusador, y para investigar si el acusado ha cometido ó no, por ejemplo, un homicidio, no hay duda que esos mismos indivíduos no son regularmente idóneos ni capaces para juzgar rectamente acerca de las producciones literarias y de las formas del lenguaje; ni, en los casos en que el atentado contra el ordenamiento jurídico no sea material y grosero, sino harto delicado, podrán penetrar en los velados trámites del delito ó seguir los giros del hábil defensor, así como tampoco sabrán respetar la libertad de la manifestacion de la opinion, áun cuando la opinion de cada uno de ellos sea enérgicamente opuesta á la general. Por lo tanto, fácilmente obrarán al dar su sentencia, y fácilmente tambien se desviarán del camino recto que deberían seguir. No tienen en sí la seguridad científica de lo que hacen, única que puede garantir la ausencia de traslimitaciones, ya originadas por exagerada severidad, ya por la falsa indulgencia, ya, en fin, por la arbitrariedad (1).

En la mayor parte de los Estados, y no sin verdadera razon, se abre á la suerte un vasto campo para la indicacion de las personas que deben componer el jurado; pues de otro modo no podrían evitarse los dos opuestos escollos que amenazan con el naufragio de la institucion, esto es, la preponderante influencia del gobierno por una parte, la cual tiende á hacer dependientes suyos á los jurados convirtiéndolos en instrumentos del poder, cosa que no puede obtenerse con respecto á los jueces por razon del honor debido al órden y de la ciencia de que se hallan investidos; y por otra, la eleccion popular que se inclina á envilecer á los jurados hasta convertirlos en esclavos de los partidos políticos,

(1) Con respecto á Alemania, hemos hecho algunas advertencias para que se establezca el jurado en los delitos de la prensa con personas que hayan adquirido la instruccion del servicio voluntario por un año en el ejército. Sería, pues, esta una decision notable y justa, y tan segura como de actualidad, por medio de la cual se conocería algunas veces por completo á los jurados ineptos.

manchando la pureza de la administracion de justicia con las intrigas que á aquéllos caracterizan (1). La justa pretension del acusado al querer ser juzgado por jurados que le merecen confianza, queda suficientemente satisfecha por el derecho que tienen á rechazar á los que no se hallen en dichas circunstancias.

Más necesario es aún buscar algun contrapeso á los efectos de la suerte en las mismas cualidades exigidas á los jurados. La elevada independencia que no puede conseguirse en la mayoría de los hombres y la madura experiencia de la vida que por regla general se adquiere en la edad adulta, en la vida de familia y en el ejercicio de los negocios, son las dos condiciones necesarias y fundamentales de la idoneidad para emitir verdadero y recto juicio sobre la acusacion, no debiéndose nunca olvidar que los jurados son una institucion judicial y no un órgano de la politica.

Por esta razon debemos considerar como error contrario á este principio la llamada «omnipotencia» de los jurados, esto es, la opinion de que los jurados están sobre la ley y sobre el derecho, pudiendo doblegar á una y á otra y eludir sus preceptos á su antojo. Todo el conjunto de la justicia tiene por único cometido hacer reconocer el ordenamiento jurídico existente y administrar el derecho. El juramento de los jurados les impone este deber, y sin conciencia exacta no puede existir verdadera justicia. En la práctica, por último, no es ménos notable la opinion sostenida por el procedimiento frances de que los jurados no deben en modo alguno observar las reglas establecidas para la prueba, sino que solamente han de atenerse al sentimiento instintivo de su corazon. No negaremos que una de las ventajas del procedimiento de los jurados consiste precisamente en que el abstracto pedantismo de las rigurosas teorías existentes acerca de las pruebas y que liga á todo el colegio de los jueces peritos haya sido conjurado por la sentencia libre de los jurados, demostrando en todas partes la experiencia que ménos fácilmente se sustraen los culpables á la vista perspicaz de los jurados y que son condenados con más frecuencia que lo eran ántes de aparecer en el mundo la

(1) Reinand, en el *Diario* de *Mittermaier*, XIX, 173 y sig. 198. Chebrulier, en el mismo *Diario*, 205 y sig.: en el sentido contrario abunda Pinheiro, obra y lugar citado.

institucion. Pero en la patria del jurado, en Inglaterra y en América nadie ha tenido jamás por supérfluo que la prueba sea asímismo regulada por las máximas de los juristas, á fin de que pueda hacerse idénticamente la luz sobre el fundamento de la acusacion de la culpabilidad. Por el contrario en aquellos países se observa con gran diligencia la doctrina vigente en la materia *(evidence)*, y obligacion del juez es, aun bajo el mismo punto de vista, llamar sobre estos motivos la atencion del jurado. El juez no puede por sí absolver ni condenar. Nadie debe ser condenado cuando la culpa no se haya hecho evidente ante la comun inteligencia de los jurados. Este es el concepto que dirige al tribunal de los jurados. Empero ningun fundamento interno impide al juez llamado á administrar justicia, que exponga á los jurados, mediante diligente reflexion, su parecer científicamente fundado y prepar por su sabia direccion la exactitud del veredicto. El miedo de que sea inconveniente la influencia del juez sobre la decision, miedo harto general en el continente, no deja de ser muy perjudicial á la aptitud de la institucion así como no corresponde ciertamente ni á la dignidad ni á la verdad de la justicia, cuando ésta queda sustraida, en cuanto es posible, á la influencia de los jurisconsultos y en su lugar se erige en principio de la misma el desenfrenado capricho del jurado (1).

Bajo dos puntos de vista, con respecto á la ya mencionada institucion de los procuradores públicos, ha sido mejorado el juicio en que entran los jurados, al ser trasplantada la institucion de que hablamos al continente; á saber, con la remocion del jurado de acusacion *(grad jury)* y con el encargo del reconocimiento preliminar de la acusacion confiado á una cámara especial compuesta de letrados, á todo lo cual debe añadirse que el principio de la persecucion y castigo ha pasado á ser obligacion del Estado en contraposicion al procedimiento inglés, muy embebido, por decirlo así, en los respetos debidos al derecho privado.

4. En los tiempos modernos ha resucitado bajo forma enteramente nueva la antigua institucion alemana de los

---

(1) Son excelentes las observaciones que sobre este particular encontramos en Geib, *Reforma de la vida jurídica alemana*, p. 135 y siguientes. Tambien darán muchísima luz solre el particular los ejemplos que sobre los jueces jurados de Europa y América encontramos en el *Diario de Mittermaier*. Erlangen, 1866.

regidores, la cual en tanto se parece á la institucion del jurado en cuanto que una y otra cuidan de que la administracion de la justicia criminal no esté únicamente á cargo de jueces instruidos, de oficio y públicos, sino que tambien se ofrezcan garantías por parte de la cooperacion de personas que, aunque legas en la materia, obren con madurez. Ambas instituciones son aptas para fortalecer el espíritu nacional de la administracion de justicia así como para levantar el sentimiento jurídico del pueblo. Los actuales regidores salen de las mismas clases de la sociedad (especialmente de las medias) que los jurados; pero, á pesar de todo, son ménos permanentes que éstos, y, en el caso de los jurados, el reemplazo de unos por otros se lleva á cabo por suerte.

La principal diferencia entre una y otra institucion consiste en que el tribunal de los regidores rechaza por una parte la division de los procedimientos y la accion judicial, y por otra la intervencion de los jurados, juntando ambos elementos en una actividad comun. La accion judicial y la accion del Estado ayudan de consuno á los regidores para juzgar acerca de las pruebas del hecho, objeto de la controversia, y los regidores prestan auxilio á los jueces del Estado para juzgar con más acierto sobre la aplicacion de la ley y sobre el conjunto de las circunstancias del crímen. Hasta ahora, sin embargo, sólo en Alemania se he ensayado el tribunal que nos ocupa en las dependencias inferiores de la administracion criminal, habiendo la policía puesto á disposicion de cada uno de los jueces oficiales algunos regidoros elegidos del pueblo, con lo cual la institucion ha conquistado ámpliamente, áun en los actos inferiores de la sociedad, firme terreno, ha fortalecido el sentimiento del órden y ha logrado popularizar la jurisdiccion de la policía: y cuanto más se empeñe en rechazar al tribunal de los jurados y más intente elevarse al puesto que éste ocupa, tanto más se dividirán las opiniones entre los letrados y los que no lo son. La preocupacion de que en esta materia la superioridad de los jueces instruidos peligra en gran manera y, por lo tanto, tambien la importancia de los jurados, ha sido considerada, segun los tiempos, bajo diversos puntos de vista; pero el gobierno ha reconocido, aunque provisionalmente, el tránsito hacia reforma tan radical (1).

---

(1) Exámen del ministerio de Justicia en Alemania, con respecto á

La nueva constitucion judicial del Imperio aleman no está en armonía con el sistema que acabamos de describir. En efecto, en las operaciones inferiores de la jurisdiccion de la policía encontramos el tribunal de los regidores, en las operaciones medias de la jurisdiccion ordinaria de la justicia criminal sobre faltas reina el sistema de jueces colegiados, y las operaciones superiores acerca de las faltas pertenecen á la competencia del jurado. Esta gradacion de tribunales rige ya en muchos de los Estados alemanes, y es de esperar que dentro de poco se reforme, hasta tal punto, que el tribunal de los regidores pase á ocupar el lugar medio.

---

los jueces regidores. Berlin, 1873, cuestion IV, sobre los regidores. *Fundamentos de la idea de las leyes constitucionales acerca de los jueces*. Berlin, 1875.

CAPITULO V.

ADMINISTRACION DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA.

Tambien sobre el derecho público pueden nacer algunas cuestiones que deben ser decididas por alguna autoridad. Podría ser que en lo porvenir llegase á realizarse el ideal de un tribunal de justicia de derecho público para todas las controversias de derecho público (1); mas en nuestros dias, de semejante tribunal sólo conocemos una esfera harto limitada, puesto que la mayor parte de los campos directamente importantes del derecho público carecen de ordenada administracion de justicia. Esto vale principalmente en los casos siguientes:

a) Para las controversias de derecho internacional.

Hoy no existen tribunales universales de derecho internacional para decidir, segun los principios fundamentales, las contiendas que pueden suscitarse entre los Estados soberanos, á pesar de que son universales los deseos de una administracion de justicia tal que, aunque no hiciese completamente inútil la guerra, la redujese á no presentarse en escena más que en muy raras ocasiones. En la Union de los Estados-Unidos de América, para las cuestiones de los Estados que forman la Confederacion, y en Suiza para los respectivos cantones es únicamente donde encontramos un tribunal federativo de justicia. La práctica moderna consiste en buscar para estos casos algun arreglo por medio de árbitros. Mas como éstos, sin embargo, fijan convenciones

(1) Bahr (*Der Rechtstat* 1866) dice ser de derecho esta exigencia del Estado: mas para satisfaccion del auto, estamos áun muy lèjos de aquéllas condiciones en virtud de las cuales sería suficiente la solucion legal.

espontáneas entre las partes, una vez rotas las hostilidades ya no es tan fácil que puedan, sin embarazos de todo género, llevar adelante su cometido. El arbitraje se acomoda perfectamente á los arreglos de las disenciones sobre la inteligencia de los contratos, sobre las cuestiones enconómicas y ceremoniales, sobre determinacion de fronteras y así sucesivamente; pero no podemos decir otro tanto cuando se trata de la independencia y libertad de algun Estado (1). Con el asentimiento de las potencias europeas hemos visto ensayarse en Egipto una nueva base de la justicia internacional por medio de los tribunales consulares. Por último, los tribunales destinados á juzgar sobre la buena ó mala presa están áun muy imperfectamente organizados con respecto á los Estados beligerantes, y á pesar de que tienen que determinar los deberes del derecho internacional en esta materia, sin embargo, su especial constitucion está expuesta á las sospechas que engendra la parcialidad (2).

b) Para las cuestiones de soberanía, y principalmente para las pretensiones dinásticas al dominio y gobierno del país, las cuales no se deciden por tribunales de justicia de derecho internacional, sino por el mayor y más formal proceso de la historia popular. Siempre que el evidente ejercicio del derecho del poder y de la coercion llega á adquirir el reconocimiento del pueblo y de sus órganos, queda asegurada y defendida, merced á este hecho, la durable necesidad de las relaciones, esto es el derecho.

c) Para las controversias constitucionales, que no se deciden por sentencia judicial, sino por el resultado de las luchas políticas de los partidos, por las negociaciones del gobierno y de las Cámaras, por las leyes y los decretos. Unicamente en los Estados-Unidos de América al tribunal federal toca ordinariamente semejante competencia; mas cuán difícil sea, y en cierto modo imposible, áun en aquella Confederacion que la justicia, en tiempos de sérias

---

(1) Véase á A. Pieranioni en su obra *Gli Arbitrati internationali*, Nápoles 1372. Bulmerincg, Art. Arbítraje, *Dic. jurídico de Holzendorff*, Leipzig, 1874. *Reglamento sobre los procedimientos de árbitros en materia de derecho popular* (de Goldschmidt), 1875.

(2) Véase á Bluntschli, *Derecho popular moderno*, 1872, Libro VII. R. Gneist, *Administracion, Justicia*, Berlin, 1869. R. Gneis, *Ordenamiento del Imperio aleman*, Berlin, 1870. R. Gneist, *Const. del Derecho*, Berlin, 1872.

discordias entre los demás poderes del Estado, pueda ser reconocida y obtener efecto en sus fallos jurídicos, lo demuestran los resultados suministrados por la experiencia durante la gran guerra de 1861-65 y las que á ella se siguieron.

En todas las cuestiones hasta aquí mencionadas ejerce fuerza decisiva la política, por la cual la *salus publica* es ley suprema. No hay duda que esto constituye un estado político asaz imperfecto; pero áun éste sería peor si tales cuestiones se decidiesen solamente segun los principios legalmente formales. Toda administracion de la justicia natural que observase las necesidades de la vida progresiva de los pueblos, debería estar embebida en el espíritu de los hombres de Estado.

d) Aun en el sentido de la administracion militar, y *e*) en el de la administracion de policía existen numerosas cuestiones de derecho que son válidamente decididas por la administracion, sin que sea permitida la apelacion al juez, las cuales se hallan principalmente ligadas á las cuestiones de conformidad con el objeto que se proponen. Si las tropas deben en tiempo de guerra impedir el comercio de una ciudad determinada y disolver una reunion, si deben volver sus baterías contra los edificios, si deben transitar por sembrados, etc., todas estas son cuestiones militrares que al propio tiempo entrañan un elemento de derecho y áun son cuestiones jurídicas. Así, pues, la policía decide en casos de consideracion especial á la pública prosperidad, como si en caso de incendio hay que echar abajo una casa, si en una epidemia se ha de incomunicar á ciertas personas ó matar tal ó cual género de animales, siendo todas estas cuestiones de pura oportunidad. De aquí es que todas las medidas que hieren, digámoslo así, á las relaciones jurídicas, presuponen cierta necesidad pública, y relativamente una ley, por la cual el poder de policía está autorizado para tomar semejantes resoluciones, ó lo que es lo mismo, deben tambien ser consideradas como cuestiones jurídicas. El fundamento por que en circunstancias dadas, áun sin proceso judicial, debe acordarse á la administracion el poder decidir estas cuestiones, reposa evidentemente en la necesidad que tiene el Estado y la sociedad de ingerirse decisivamente en ellas y emplear medios eficaces que puedan resolverlas. Se teme que incoado en estos casos

un procedimiento procesal, quedaría enervada la fuerza militar y paralizado el poder de la policía.

Pero cuando se llevan á los tribunales las reclamaciones de indemnizacion de personas violadas ó las conminaciones de penas municipales, las correspondientes causas pasan á la competencia tutelar del tribunal civil ó penal.

f) Gran número de cuestiones de derecho público pertenece en el sentido más ámplio á la organizacion y á la subordinacion de las autoridades políticas y de los funcionarios públicos, siendo conforme á esto decididas, ya por estos mismos, ya en los tribunales particulares. Así, por ejemplo, las controversias electorales se definen frecuentemente por la autoridad superior que ordenó la eleccion, ó por el cuerpo en favor del cual ésta se verificó, como acontece en las Cámaras. Las cuestiones de competencia de los funcionarios inferiores son decididas por los superiores, etec.

En contraposicion á estas ramas del derecho público, en los tiempos modernos, siguiendo la marcha de los Franceses, áun en los Estados, se ha distinguido y demarcado un campo particular para el derecho administrativo, en el estricto sentido de la palabra, por lo que hemos visto nacer una administracion particular de justicia administrativa, la cual abraza principalmente aquellos derechos y deberes públicos que tienen, con relacion á cada una de las personas interesadas (corporaciones ó indivíduos), una forma relativamente independiente y consistencia tal, que puede compararse con la de los derechos privados, necesitando por ende proteccion particular por parte de las leyes; de modo que sólo bajo este supuesto están en condicion de llevar adelante un proceso apareciendo la una contra la otra ante los tribunales.

Sin duda, estos derechos no son en manera alguna privados ni pertenecen, por consiguiente, á los particulares en contra de todo el mundo, sino que, como derechos públicos, permanecen conexionados con el ordenamiento político, y áun son dependientes del Estado. Empero se asemejan á los derechos privados por tener determinada y contínua relacion á una persona aislada, y como derechos particulares de la misma, son susceptibles de alguna manera de defensa. A este género pertenece el derecho de los municipios y de los ciudadanos; la obligacion de pagar los impuestos, en

cuanto este deber no tiene por base el derecho privado y sí el derecho público; los ajustes territoriales de los ayuntamientos; el uso de los caminos públicos; la obligacion de conservar ciertas calles y edificios para las escuelas é iglesias; el deber de aceptar oficios públicos; la extension de la obligacion del servicio militar; la necesidad de la expropiacion de los bienes en favor de la pública utilidad, etcétera.

Estrechos han sido hasta ahora los límites que se han señalado á este derecho administrativo, cuyo campo es capaz y al propio tiempo ha menester de cierto ensanche de importancia, aunque sólo gradualmente podrá deslindarse del campo general de la administracion que sin comprobacion alguna por parte de los jueces ha venido ejerciendo sola su dominio.

En el interés de la buena administracion de justicia está que ésta sea confiada á tribunales especiales y que al efecto se instituya cierto procedimiento particular. La perfeccion del derecho administrativo francés, el cual se distingue muy ventajosamente, en materia de seguridad y claridad de principio, de la manera usada en otros países para resolver las controversias, es principalmente consecuencia de la organizacion de la institucion que nos ocupa. Cuando la administracion es la que decide en esta materia, segun la costumbre, aún hoy dominante en la mayor parte de los Estados de Alemania, entónces las garantías en favor de la defensa jurídica de las corporaciones y personas privadas interesadas en la cuestion, son insuficientes y la arbitrariedad de la administracion puede libremente espaciarse. Empero, si el juicio de semejantes controversias está confiado á jueces civiles, entónces existe doble peligro de que éstos, ó no valúen suficientemente la naturaleza del derecho público de aquellas relaciones y siguiendo el formalismo legal ocasionen determinado daño á los intereses públicos, ó los libres aspectos y consideraciones de la prosperidad pública, que en semejantes procedimientos son indispensables, redundan en daño de la administracion de la justicia civil, aun cuando se trate de los procesos que á ella pertenecen (1).

---

(1) Sobre este particular nos hemos ya extendido lo bastante, sea en el *Diario crítico trimestral*, VI, p. 279 y sig., sea en el *Diccion. polít. alem.* Art. *Administracion.*

Asímismo, en cuanto á la organizacion de los jueces administrativos, más propiamente llamados jueces de derecho administrativo, es muy conveniente la union de los elementos correspondientes al cargo y al oficio con los elementos de la libertad civil, y más particularmente tratándose de la primera instancia. En Francia, el prefecto es el presidente, y los miembros del tribunal son los consejeros de la prefectura. En el gran ducado de Baden juzgan asímismo el oficial encargado del dístrito y los consejeros del mismo, y en Prusia el preboste que posee autoridad pública con los ciudadanos miembros de las comisiones del Imperío. El tribunal de suprema instancia en Francia lo forman una seccion del Consejo de Estado; en Baden existe á este fin un tribunal particular de justicia administrativa; en Prusia, 1875, existe el establecimiento de las instancias en la constitucion judicial de los distritos y departamentos, así como la suprema instancia en la constitucion superior de los tribunales. En el mismo año, el Reichtag austriaco introdujo una reforma análoga. Gneist en Prusia y el ministro Unger en Austira han trabajado con gran energía para introducir en las respectivas naciones una constitucion análoga.

CAPITULO VI.

LÍMITES DE LA JURISDICCION.—CONFLICTOS ADMINISTRATIVOS.

El Estado moderno da gran importancia á la separacion del gobierno y de la administracion de justicia, así como á la independencia de la última con respecto á la primera. Por esto es de gran importancia distinguir objetivamente y conforme á principios el campo en que aquélla opera libremente del que es propio de la justicia, siendo ésta una necesidad en algun modo experimentada por el Estado antiguo el cual unía al imperio (*imperium*) la jurisdiccion (*jurisdictio*), ni tampoco en la Edad Media que consideraba al gobierno como una especie de la justicia. Empero semejante distincion no es tan fácil como pudiera suponerse, y existen, sin duda, algunas partes en que la exacta determinacion de los confines suscita muy fácilmente dudas, formando, en consecuencia, la línea de demarcacion, dudas que van á perderse ya en una ya en otra parte. Además, la diversa direccion científica y oficial á que pertenecen los encargados de trazar los sobredichos confines, no puede ménos de influir tambien en sus conceptos, no siendo, por lo tanto, hacedero que los ministros de la justicia se entiendan bien con los hombres de gobierno. En efecto, los primeros están habituados á partir en sus negociaciones del campo jurídico del indivíduo y á considerar toda usurpacion arbitraria ó presunta que exista en la materia como una violacion del derecho contra la cual debe asegurarse al indivíduo la defensa jurídica de la justicia. Los últimos, en contraposicion á los primeros, se atienen al Estado y al correspodiente derecho del mismo para hacer todo cuanto exige la pública prosperidad, estando inclinados á reconocer en el conflicto

del indivíduo y en la invocacion de la defensa judicial cierto estorbo, que no puede permitirse cuando se trata del poder político. Los primeros gustan, por regla general, de considerar á toda controversia en materia de derecho como una cosa de justicia y creen que sólo los casos particulares de eleccion dependen de la decision de la administracion (1). Además no conciben cómo no puede depender de la voluntad del indivíduo impedirles, oponiéndose á los derechos del gobierno, su aplicacion y restringir los limites de sus funciones, y, como el campo propio del gobierno es tan normal como el de la justicia, es enteramente igual que el conflicto sea ó no llevado al terreno del mismo. Los otros, ya porque obre la autoridad gubernativa, ya porque el Estado esté interesado en la controversia, se sienten inclinados á conservar á los oficios de la administracion el derecho exclusivo de la decision y á reconocer la justicia sólo en casos excepcionales. Empero en ambas partes no se obra por excepcion, sino por sistema regular, de modo que el principio para ambos campos, objetivamente considerados, puede sólo reconocerse cuando se apoya en el concepto fundamental de la separacion en el organismo del Estado y cuando se piense en la naturaleza esencialmente diversa del gobierno y de la justicia. En Francia, la oposicion existente entre la competencia judicial y la administrativa, fué principalmente discutida en los tiempos de la revolucion de 1789. En efecto, la ingerencia del parlamento en lo judicial, ántes usada en la esfera administrativa, fué reputada como tan perturbadora de las buenas relaciones, que el Estado se trasformó á sí mismo radicalmente, elevando la pública prosperidad á principio supremo de Justicia y deshaciendo todo el ordenamiento jurídico que había heredado.

A la usurpacion judicial siguióse el regreso inconsiderada y exageradamente verificado desde el punto de vista de la revolucion. La ley ordenó en 1790 que «los jueces no trastornasen en manera alguna las operaciones de la administracion ni citasen á su presencia á los administradores por causa de sus funciones.» Con esta medida quedaron fue-

(1) Este concepto le hallamos terminantemente consignado en la Constitucion de Zurich de 1831, § 10. donde dice: «El poder dirimir las contiendas pertenece exclusivamente á los jueces ordinarios, debiendo guardarse todo cuanto la Constitucion determina, con relacion á las cuestiones que surgiesen en la esfera administrativa.»

ra de la competencia jurídica, fueron declaradas materias de administracion. Napoleon, por tascar, permítase la frase, los frenos que le imponía la justicia siempre que trataba de inmiscuirse en asuntos á ésta pertinentes, al punto propagó esta institucion y la prestó favor, dilatándose así más allá de los límites de la conveniencia el campo de la esfera administrativa. En Alemania, por el contrario, la autoridad de la jurisprudencia, que principalmente se desarrolló en la esfera civil, en cuanto aquélla influye en la legislacion y en la práctica, promovió la institucion opuesta y la apoyó con el fin de ejercer su tutela sobre los intereses de la libertad personal y de la seguridad jurídica los cuales aparecían más garantizados en el procedimiento judicial. El exceso en esta institucion produjo, por lo tanto, y como era de esperar, en algunas partes particulares del territorio, en las que no podía aún obligarse al poder político á que renunciase á sus derechos, la consiguiente reaccion; reaccion tan arbitraria, que parecía nacida para destruir en gran parte los frutos del fin propuesto.

El principio directo del gobierno es evidentemente la conservacion y la promocion de la pública prosperidad, así como el principio directivo del juez es la administracion de la justicia del Estado sobre los indivíduos (las personas privadas). El primero, en todas sus decisiones y ordenamientos parte siempre del Estado, pero el último defiende principalmente á los particulares en la esfera individual de su derecho (derecho privado), y hace recaer sobre el indivíduo que ha cometido la injusticia todo el peso de la justicia penal (derecho penal), teniendo consiguientemente perpétua y esencial relacion con las personas privadas. Semejante antítesis puede tambien expresarse diciendo, que las relaciones jurídicas del Estado pertenecen á la autoridad pública, así como las de las personas privadas, como tales, á la administracion de la justicia, no pudiendo entreverse en aquéllas el elemento de la prosperidad pública, puesto que, el derecho ya instituido, es, por regla general, solamente una condicion y un límite, no el espíritu de la funcion que al gobierno atañe (1), y debiendo éstas ser únicamente juzgadas bajo el punto de vista de la justicia, pues-

(1) Véase á Stahl, *Doctrina del Estado*, II, p. 448.

to que, consideradas como mera miscelánea de consideraciones tenidas á la prosperidad pública, son un verdadero daño. Esta es, pues, la diferencia existente entre la naturaleza del derecho público propiamente dicho, por una parte, y del derecho privado y penal por otra. Sólo el derecho administrativo propiamente tal (véase el cap. V), forma, digámoslo así, el puente que comunica un campo con otro, porque en el juicio del mismo ocupa la primera línea el respeto á la forma jurídica y á la ley, sin que, aunque en segundo término, deba echarse en olvido el respeto debido á la prosperidad pública, no conviniendo en tiempo alguno á un indivíduo el llamado *jus publicum* en contradiccion con lo que significa *res publica,* y en detrimento de lo que entendemos por la expresion *salus publica.*

La aplicacion más inmediata de estos principios se explica del modo siguiente:

1. Los derechos de la soberania del Estado no están de ningun modo sujetos á la jurisdiccion de los jueces, de suerte que, al surgir dificultades acerca de la materia en cuestion, cuando éstas son permitidas, deben resolverse por la vía de la administracion. El poder de policía, el militar, etcétera, dentro de la esfera de sus funciones oficiales, son por lo tanto, independientes de los jueces, los cuales por su parte no tienen en esta materia la autoridad que ejercen sobre los indivíduos. El gobierno, por consiguiente, en el ejercicio de sus funciones, no debe ser estorbado por el poder judicial. Si sus ordenamientos son justos y necesarios, si obra competentemente y con justicia en la materia que nos ocupa, debe decidir independientemente como lo hacen los jueces en la esfera que les es propia. Si la oposicion hécha por un indivíduo pudiese mudar este derecho y por vía de proceso judicial casar ó proponer mejoras acerca de las providencias tomadas por la policía ó acerca de las medidas adoptadas por el poder militar, entónces la autoridad del gobierno, áun dentro de los límites del campo que le corresponde, quedaría subordinada á la de los jueces, quedando destruido el necesario poder del mismo, así como el resultado de sus disposiciones.

a) Sin embargo, existe una importante excepcion á esta regla. La cuestion de si es ó no competente un juez, y, en caso afirmativo, cuál para decidir una controversia determinada, pertenece evidentemente al derecho público y no al privado,

puesto que la resolucion se apoya en la constitucion del Estado. Pero la independencia de los jueces, sin la cual es imposible la administracion de la justicia, exige que los mismos conserven tambien independientes de las influencias del gobierno el campo de su esfera oficial y defiendan en él su autoridad. En este terreno ninguno de los dos poderes es igual al otro, porque cada uno de ellos demarca los límites que le corresponden segun sus propios conocimientos.

En consecuencia de todo esto, en casos particulares pueden suscitarse conflictos de competencia. En efecto, el gobierno, por su parte, puede estar covencido de que en casos particulares puede libremente ordenar lo que juzgue necesario para la prosperidad del Estado y de que está asímismo autorizado para decidir por sí la controversia por él suscitada, y el juez tambien, por su parte, puede abrigar la conviccion de que la cuestion controvertida deba únicamente juzgarse por vías de proceso (conflictos positivos de competencia); ó viceversa, las autoridades gubernativas y las judiciales, pueden en casos especiales declinar su competencia y de este modo el primero podrá indicar la jurisdiccion del segundo y éste la de aquél (conflictos negativos de competencia).

En semejantes circunstancias ninguno de los poderes en cuestion tiene autoridad mayor que la del otro, porque ámbos á dos poseen autoridad suprema en la respectiva esfera, de modo que la contienda versa únicamente sobre los correspondientes límites. Para la resolucion constitucional de tales conflictos es, por consiguiente, menester que en el Estado exista un órgano particular que resuelva la dificultad desde un punto de vista supremo y libre de todo género de preocupaciones. A este fin no vale la pericia del legislador, porque la decision no mira á las leyes preceptivas dadas para lo futuro, y por regla general aquél no puede satisfacer las necesidades prácticas del momento, ni tampoco las grandes Asambleas son capaces de examinar y juzgar en casos particulares semejantes cuestiones de derecho, á veces muy intrincadas. El jefe supremo del Estado, en el que todo el poder político halla en último término su unidad, es precisamente el verdaderamente idóneo para el fin que nos ocupa, y está por ende llamado á resolver semejante conflicto, debiendo entenderse que si este ár-

bitro supremo recibiese los consejos de sus ministros y necesitase de su cooperacion, entónces, puesto que esta última materia invade la esfera gubernativa, la decision pasaría, por el contrario, á manos de uno de los poderes contrincantes, convirtiéndose, por lo tanto, en tal desequilibrio la independencia de los jueces y la imparcialidad de la solucion en una palabra completamente falta de sentido. La dificultad, por consiguiente, puede sólo ser verdaderamente removida cuando la decision depende del jefe supremo del Estado amparado por el Consejo de Estado—sin que entren en él los ministros—el cual, por su gran experiencia y por su posicion alejada de los cuidados cuotidianos del gobierno, entraña una garantía para la decision precisa de los negocios, ó sea la garantía que puede ofrecer un tribunal particular compuesto de estadistas y jurisconsultos (1).

b) Por el contrario, puede considerarse como excepcion aparente del enunciado principio cuando el fisco es la parte civil, no la parte pública representada por el Estado, el cual, como fisco, es un simple indivíduo, una persona jurídica, privada, igual á las otras, y que por esto mismo, como éstas, está subordinado, no ordenado á los jueces, como administradores de la justicia.

No cualquier crédito patrimonial del Estado debe ser tenido como perteneciente al fisco (de derecho privado). Los impuestos, sobre todo, que el Estado exige á sus súbditos, dicen verdadera relacion al patrimonio privado de los mismos y tienen, en contraposicion á los derechos políticos ordinarios, valor y contenido pecuniario. Pero el Estado exige los impuestos, no como acreedor privado, sino porque ejerce su soberanía meramente política sobre los particulares

---

(1) La decision terminante en los conflictos de que tratamos, fué en un principio en Francia de la exclusiva incumbencia del Consejo de Estado. Más tarde la Constitucion de dicha nacion de 1848, § 188, ordenó que para entender de los mismos se formase un tribunal de justicia compuesto de miembros del tribunal de casacion y de consejeros de Estado. La Constitucion belga, § 106, reserva tales conflictos á la decision del tribunal de casacion.—En Baviera compete pronunciar la última palabra á cierto supremo tribunal formado de cuatro personas pertenecientes al supremo de justicia y de tres empleados administrativos de elevada categoría (Ley de 1850).—La Constitucion prusiana. § 96, reserva, segun ley de 1867, estos asuntos á un «tribunal de justicia.»—Y la austriaca, finalmente, publicada en 1868, instituyó una *córte imperial*, no sólo para los conflictos sobre competencia, sino áun para los de derecho público.

estando frente á frente de éstos, no como un igual, sino como un poder supremo á que están sujetos los indivíduos y con el cual no pueden entrar en litigio como lo hace una parte con otra. Las cuestiones, tales como si un impuesto ha sido legítimamente decretado, si ciertas clases de personas están ó no obligadas á él, si al imponer la tasa á cada uno correspondiente han de enumerarse éstas ó aquéllas propiedades, no son de ningun modo cuestiones de derecho privado, sino de derecho público, debiendo, por lo tanto, decidirse por la administracion ó quizás mejor por los tribunales administrativos. Para que la tutela de los particulares sea más perfecta, esto es, para evitar el arbitrario é injusto abuso del derecho de contribuciones, puede tambien procurarse que en la imposicion de la suma correspondiente á cada indivíduo intervenga la cooperacion de un jurado al efecto elegido ó de los peritos más conocidos en la poblacion.

Bajo cierto punto de vista puede tambien ser declarada y considerada convenientemente la cuestion de impuestos como materia propia de la justicia civil, lo cual podrá tener lugar cuando no se combate ni el principio en que estriban los impuestos ni la elevacion de los mismos, así como cuando no se pone en tela de juicio sobre esta materia el derecho soberano del Estado, sino únicamente se pretende que las condiciones supuestas en los casos particulares no existen realmente en la persona sujeta al gravámen de que tratamos, puesto que semejantes condiciones, á causa de la exaccion de la cuota á cada uno correspondiente, tienen cierto fundamento de derecho privado, v. g., cuando algun indivíduo á quien se exige determinado pago asegura no poseer los bienes gravados por la Hacienda, ó cuando no posea tantos bienes como se hallan comprendidos en la aplicacion de la cuota (1), casos todos en los cuales es evi-

---

(1) No merece desaprobacion alguna la disposicion siguiente del derecho provincial prusiano, parte segunda, tít. XIV, § 78: «No ha lugar á ningun proceso acerca del pago de los impuestos generales á que están sujetos todos los habitantes del Estado ó los miembros de determinada clase del país, segun la Constitucion existente.» Otro tanto puede decirse del § 79, que dice así: «Si alguno, sin embargo, sostiene con argumentos particulares el que se le libre de tal gravámen, ó prueba haber sido muy gravado en la determinacion de su cuota, debe oírsele en juicio acerca de este particular.» Bajo este respeto nos parece que Stahl (*Doctrina sobre el Estado*, II, p. 456), el cual sostiene en esta materia

dente que se trata de una cuestion de derecho y que, por consiguiente, observada la naturaleza de las cosas, á los Jueces toca sentenciar. Pero áun siendo así las cosas, á fin de evitar que las personas particulares abusen de su posicion para sustraerse á la imposicion ordenada por el Estado, gracias á su suprema autoridad, puede prescribirse un proceso particular á fin de asegurar las pretensiones del Estado, sin que por esto la cuestion en sí deje de ser materia judicial, ya que en ella no se toma en consideracion ningun elemento del derecho público.

c) Tambien las disposiciones de la policía se refieren frecuentemente al derecho privado y limitan en muchos casos que libremente pueda el hombre disfrutar de sus ventajas. No es cuestion de justicia en virtud de aquella relacion saber si la policía ha obrado de conformidad con las leyes ó si el contenido de sus disposiciones haya sido necesario y justo, no pudiendo competir á los jueces la decision acerca de esta materia por tratarse únicamente del ejercicio del poder que la policía tiene en el Estado. Cuando, por el contrario, se combate el mismo fundamento del derecho civil en la ordenanza municipal, por ejemplo, cuando la policía ordena á algun indivíduo que como poseedor de una finca aleje algun establecimiento expuesto á incendios ó cuide de que se viertan las aguas en lugar conveniente y el tal indivíduo se opone á admitir semejante obligacion, no porque en semejantes cosas no deba el súbdito obedecer las leyes municipales, sino porque el increpado no es el propietario de la casa en cuestion, entónces esta materia es de naturaleza meramente civil y debe considerarse como judicial (1).

---

ideas las mas sanas, como muchos jurisconsultos, extiende demasiado la esfera del poder gubernativo, debiendo observarse que muchas leyes modernas sobre impuestos no observan en varios Estados con la diligencia que sería de desear los confines señalados por la naturaleza.

(1) Zacarías *Derecho público aleman* (primera edicion), II, p. 175, siguiendo á Pfeiffers y á Mittermaier hace tambien á la justicia custodia de la formal conformidad con las disposiciones de policía, y sostiene, «que la materia propia de las atribucion del gobierno podría (bajo este punto de vista) convertirse en materia propia de la justicia.» Este rodeo de palabras manifiesta bien á las claras el error del concepto: lo que es materia del gobierno puede ser declarado por las leyes positivas materia de la justicia. Tambien la práctica en casos dados puede mudar la naturaleza de ambos elementos; pero lo que es materia del gobierno, precisamente por serlo, no puede convertirse, mediante una

d) En la misma relacion, la expropiacion de los bienes privados y, puesto que ésta se funda en el ejercicio de un derecho de soberanía pública, la cuestion correspondiente pertenece al gobierno, así como la respectiva á la indemnizacion es, unida á la anteriormente citada, materia de la justicia (1).

2. Si los derechos soberanos del Estado han sido cedidos por propio derecho á personas privadas, entónces aquéllos pierden la pureza de su carácter político para convertirse en elemento de la esfera individual, siendo natural que toda controversia jurídica entre estas personas y otras semejantes ácerca de la extension de tal derecho sea tratada como materia de justicia. A este género pertenecen las múltiples prerogativas y privilegios, que se derivan de la regalía, y fueron concedidos por el Estado como derechos privados, así como las franquicias excepcionales lo fueron por el ordinario imperio del derecho público, habiendo sido

---

trasformacion interna de la naturaleza, en materia do la justicia. Bien podría acontecer que ámbas estuviesen recíprocamente en relacion como puede observarse en los ejemplos ya aducidos; pero, tanto en los comienzos, como en el curso posterior de las cosas, una de las cuestiones permanece siendo materia del gobierno miéntras la otra es materia de la justicia. En la segunda edicion, II, p. 101 de la obra á que nos referimos, el autor ha corregido su anterior modo de expresarse; pero no el significado de sus palabras. Cuando Zacarías dice que en nuestras obras no damos norma alguna para decidir en casos de conflicto entre el derecho público y el derecho privado, sino que nos contentamos con remitir á los procedimientos propios de tales casos; no hace más que apoyar su aserto en un equívoco. En efecto, siempre puede resolverse la dificultad cuando en cada uno de los casos se cuida de separar diligentemente el elemento del derecho público del elemento del derecho privado y se trata á aquél como materia de la administracion, relativamente de tribunales administrativos, y á éste como materia de la justicia civil. Las dudas acerca de esta materia, cuando tanto la administracion de los tribunales administrativos como los de la justicia tienen diverso modo de ver las cosas deben ser solventadas por medio de un proceso á cuya autoridad se sometan ambas partes, consistiendo precisamente en esto el proceso denominado «conflicto» comprendiéndose por sí mismo, segun la relacion del Estado con las personas privadas, que el derecho público está subordinado al de derecho privado, así como doquiera que aquél no pueda presentarse frente á frente á éste último, éste sea el que deba ceder y modificarse. Empero cuando el castigo de las contravenciones á las órdenes de la policía compete á los jueces, se comprende naturalmente ser materia judicial el exámen á cerca de la conformidad jurídica (conformidad con la ley) de las ordenanzas y bandos de la policía pronunciando únicamente la correspondiente sentencia cuando se haya contravenido algun mandato legítimo.

(1) Véase el tomo I, lib. 3.º, cap. 7.

concedidas por el Estado á las personas privadas con el título de inmunidades y franquicias de impuestos.

El sistema feudal de la Edad Media que más que ningun otro mezcló el derecho público con el privado, hizo amplísima aplicacion de semejantes concesiones de derechos soberanos en favor de determinadas personas; mas, la Edad Moderna que rígidamente separa las dos referidas especies de derecho, prefiere la forma, áun en este caso, del mero derecho privado, puesto que todos los elementos privados soberanos quedan en manos del mismo Estado sin que los sean tales áun cuando se trate de la posesion individual. De aquí es que á nadie debe causar estrañeza sea tan notablemente limitado el campo de la actuacion práctica en el principio de que acabamos de tratar.

3. Así como la esfera del derecho público, propiamente dicho, no está sujeta á la jurisdiccion de los tribunales civiles, así, por el contrario, todo el campo del derecho privado es la esfera natural y oficial de la justicia (1), en cuyo campo la decision debe omnímodamente competir á la justicia y no á la voluntad del Estado en casos de conflicto, ya que este terreno no pertenece al Estado, sino á las personas particulares, siendo la mision de aquél defender á éstos en el pleno goce de sus derechos.

La relacion en que claramente radica la naturaleza pura del derecho privado, y de donde aún brotan nuevos pensamientos, necesita, sin duda, ser tratada más de cerca, y por esto permítasenos añadir cuatro palabras sobre ella. Todas las pretensiones de indemnizacion, esto es, aquellas en que un indivíduo reclama á otro ó al mismo fisco, son, si se mira á sus relaciones subjetivas y á su contenido, meras exigencias privadas, y por ende pertenecen siempre al juicio de los jueces civiles. Si la exigencia está bien ó mal fundada, bajo este aspecto posee importancia con respecto á la sentencia, pero no por la cuestion de competencia. Mas ¿cómo sobre el fisco recaerá una acusacion de condena, cuando el Estado exija algun impuesto ilegítimo, ó cuando la policía haya impedido arbitrariamente el comercio á un indivíduo ocasionándole con esto perjuicio positivo? ¿Cómo un

---

(1) Constitucion belga, § 92. «Las controversias que tienen por objeto derechos civiles pertenecen exclusivamente á los tribunales.» Constitucion holandesa, § 148.

individuo será perseguido, cuando como empleado haya hecho algun mal al acusador y violado sus intereses? ¿Acaso no queda indirectamente expuesta á algun peligro la competencia del gobierno, merced á la seguridad de la competencia judicial en materia civil? ¿Y acaso no respecta á la decision del gobierno lo que, como ejercicio de las funciones públicas, se ha sustraido á la accion del gobierno miéntras se conservaba en la esfera de la jurisdiccion civil? No debemos negar que por semejante camino podríamos intentar la abolicion de la natural division de la competencia, habiendo muchos juristas que se muestran inclinados á sostener esta tentativa en favor de las personas privadas, así como á extender, cuanto posible sea, la esfera propia de la jurisdiccion judicial. Por otra parte, sin embargo, debemos confesar que, ya por medio de disposiciones legislativas, ya por medio de los procesos consiguientes á los conflictos, se han puesto trabas á la jurisdiccion civil en los casos en que ésta, por la naturaleza de las mismas cosas, era competente.

Unicamente puede engendrar en esta materia alguna dificultad la relacion en que se coloca el derecho privado en contraposicion con el derecho público puro, y la conexion causal en que uno y otro están recíprocamente. Mas esta dificultad puede resolverse muy fácilmente cuando se procede sin declinar á la diestra ni á la siniestra teniendo ante los ojos el principio de que la decision acerca del primero toca á los jueces civiles, así como cuando se trata del segundo á las autoridades gubernativas. Cuando el fisco es demandado por deudas debe responder siempre á los jueces civiles, áun cuando bajo ningun punto de vista fuese deudor del demandante, debiendo decirse otro tanto de cualquier persona privada siquiera perteneciese al propio tiempo á la clase empleada. Cuando de los debates del proceso resulta—lo cual en casos tales ordinariamente aparece evidente — que no ha habido violacion alguna del derecho privado del acusador, puesto que el gobierno ó el empleado en cuestion meramente ejerció el poder que al Estado respecta (el poder oficial), entónces debe desecharse inmediatamente la acusacion. Mas, cuando el juez civil llega á convencerse de lo contrario, esto es, que el empleado obró traspasando su jurisdiccion oficial y violando con dolo y culpa la esfera privada del acusador, en este

caso está autorizado y obligado á sostener al acusador ofendido en su derecho y á otorgarle la conveniente compensacion, debiendo observarse que al sentenciar así, sentencia el juez únicamente en materia de derecho civil. Es asímismo posible que el juicio de la cuestion acerca de la existencia ó no existencia de la culpa civil pugne con la sentencia dada sobre la cuestion de si ha sido ó no ejercido algun derecho público, en cuyo caso, esto es, dado el orígen del conflicto, debe tambien tocar al gobierno administrar ó defender su competencia en este asunto gubernativo, como debe hacerlo con respecto á la suya en materia de justicia. Semejante controversia, no agitada ya entre las partes del proceso de que hablamos, sino entre el gobierno y la justicia, debe pasar á los trámites propios de los procedimientos de los conflictos. En la esfera de los principios, por el contrario, la solucion de la dificultad es harto simple. La decision definitiva sobre la cuestion del gobierno, á no ser que la ley haya ordenado alguna excepcion particular para casos determinados con el fin de evitar más vigorosamente los abusos de oficio, pertenece naturalmente á la administracion ó á la justicia administrativa, y el juez, al cual ésta sirve como presuposicion para la justificacion de la demanda civil, debe atenerse á aquella decision.

4. Hablando en general, debe decirse que los derechos políticos pertenecen al Estado, aunque tambien existen derechos políticos que dicen relacion á los indivíduos, y otros tales que al propio tiempo no son derechos públicos, sino derechos que pertenecen al libre disfrute de los indivíduos, dándose, por consiguiente, cierta aproximacion gradual hacia el derecho privado.

De la primera especie son, por ejemplo, los derechos de la dignidad de Par, los de cada uno de los diputados de la Cámara, el deber de entrar en quintas, la obligacion de aceptar un empleo; y de la última, el derecho que al sufragio tienen los primeros electores, la elegibilidad en materia de cargos públicos, el derecho de publicar algun periódico, el derecho de tomar parte en las reuniones políticas y otros análogos que pudieramos citar. Cuanto más predomina en estos derechos el puro carácter político tanto más estrictamente debemos atenernos al principio de que los mismos pertenecen al campo de la potestad del Estado, propiamente dicho, así como cuando se aproximan más á los derechos

privados se comprenden (y pueden hacer esto necesario motivos políticos, por ejemplo, en interés de la libertad electoral ó de la libertad de imprenta), que los mismos sean puestos bajo la proteccion de los tribunales y áun mejor de los tribunales administrativos.

5. Por último, hay muchas instituciones y muchos derechos de naturaleza mixta que en cierto modo con un pié, digámoslo así, tocan en el campo del derecho privado y con otro en el del derecho público, en cuyos casos es muy dificil la exacta distincion de la esfera gubernativa y de la judicial.

Esto vale principalmente:

a) Para la comunidad, y despues que dichas instituciones con más frecuencia que en los tiempos antiguos se han convertido en instituciones públicas en grado superior al que corresponde á otras corporaciones y sociedades públicas, cuando son objeto del debate jurídico de las comunidades, derechos inmuebles, propiedades, créditos, deudas, tanto con indivíduos, como con el Estado, entónces todos éstos, cual si se tratase de las demás cosas privadas, tienen derecho á la defensa jurídica, agitándose entónces evidentemente una cuestion de derecho privado. Por el contrario, la libre disposicion sobre los bienes de la comunidad, destinados á fines públicos, no se considera tampoco negocio privado, sino que en ella se mira á la prosperidad pública extendiéndose sobre esta materia, como ordenadora, la accion de la superintendencia de la potestad gubernativa que en muchos casos es la que decide en la materia. Así, las controversias que los ayuntamientos pueden tener entre sí acerca de la extension del territorio de la municipalidad y acerca de la obligacion referente al sostenimiento de puentes y calzadas, aunque en ellas no exista esencialmente algun fundamento de derecho privado, deben tratarse como asuntos de administracion ó mejor aún como materia de justicia administrativa. Las contiendas que pueden suscitarse entre la mayoría y la minoría de alguna localidad acerca de la validez de las deliberaciones, si á ellas se extiende la superintendencia del Estado, son asunto de la administracion ó de la justicia administrativa; mas si se agitan dentro de la libertad de la esfera privada, son de la jurisdiccion de la justicia civil. La organizacion finalmente, la fundacion y la disolucion de las corporaciones públicas

y áun de las corporaciones y sociedades privadas, en cuanto deben tenerse en cuenta intereses públicos, como sucede por ejemplo, en las sociedades por acciones, la consideracion debida á la seguridad del crédito, lo cual sólo sucede esencialmente en las corporaciones que acabamos de mencionar, son de la competencia de la administracion ó de la justicia administrativa á la cual atañe ponderar dichas consideraciones.

b) Por último, las relaciones de Estado entrañan una parte de derecho privado y otra de derecho público. Las cuestiones sobre el nacimiento legítimo ó ilegítimo, sobre la paternidad, y parentesco, sobre la especie ó grado del mismo, son meras cosas de justicia por ser de mero derecho privado, así como las cuestiones sobre el indigenato, permítase la palabra, sobre los derechos de ciudadania política y comunal, pertenecen principalmente al derecho público, siendo, por lo tanto, más justo, cuando no aparecen como simples consecuencias de las cuestiones sobre la legitimidad del nacimiento, que se traten como cosas de administracion ó de la justicia administrativa (1). Cuando los diversos Estados en que se halla dividido el pueblo tienen, pues, importancia principal bajo el punto de vista del derecho privado—lo cual, dicho sea de paso, tenía lugar en mayor escala en la Edad Media que en nuestros dias—entónces las controversias son de la competencia de la justicia si el indivíduo en cuestion pertenece á este ó al otro gremio, en lo cual la tradicion de los primeros tiempos ha asegurado ya la competencia judicial, siempre que, por el contrario, la relacion de los gremios se ha hecho más importante relativamente á la constitucion del Estado y al campo de los derechos públicos; en este caso, semejantes controversias, segun la naturaleza de las cosas, deben más bien tratarse como cosas de administracion y de justicia administrativa. De la primera especie es, por ejemplo, la cualidad de un comerciante, y de la última, la de la nobleza, en tanto que ésta se ha convertido en institucion política, y no se trata de una simple reminiscencia que sólo tiene influencia en

(1) Así se hace ordinariamente en Alemania, mas en la Constitucion belga, § 93, encontramos, por el contrario, lo siguiente: «las controversias que tienen por materia derechos de ciudadanía política pertenecen á los tribunales, salvas las excepciones establecidas por la ley.»

la posicion personal en el seno de la sociedad privada.

c) Los derechos de industria se refieren al ejercicio de un oficio ó de alguna industria privada y poseen por ende un contenido de derecho privado; pero cuando los mismos, por el contrario, son ordenados y conferidos por razones de público bienestar, la decision en las materias á que se refieren, queda reservada á la administracion ó justicia administrativa.

d) El derecho de tutela, finalmente, tiene doble naturaleza. En efecto, ateniéndonos estrictamente al derecho de familia, y, por lo tanto, al derecho civil, la tutela se nos presenta como deber público, y en las cuestiones más importantes, por ejemplo, en el nombramiento y remocion de tutores, en las licencias del magistrado correspondiente para tal ó cual negocio perteneciente al foro, en las instrucciones sobre rendimiento de cuentas, en la inspeccion regular y en las intervenciones de la administracion, se obra, no por la simple administracion de justicia, sino por la vigilancia pública, la cual, por motivos de oportunidad y utilidad interviene en los límites del derecho, revistiéndose por lo tanto del carácter gubernativo. Por consiguiente, fúndase en excelente base el hecho de que en los tiempos modernos se halla confiado esta parte del derecho que nos ocupa á las autoridades tutelares, las cuales pertenecen al organismo de la administracion.

6. La oposicion existente entre la jurisdiccion penal y la disciplina preventiva del poder de policía queda expuesta en otra parte de este volúmen (1), y así sólo añadiremos que la determinacion detallada de las esferas que á cada una de estas materias corresponde, en nuestros tiempos es ordinariamente establecida por las leyes penales.

---

(1) Lib. III, cap. 5.

INDICE

DE LAS MATERIAS CONTENIDAS EN ESTE TOMO

Páginas.

LIBRO PRIMERO.

Naturaleza y fuentes del derecho público.

LIBRO SEGUNDO.

Organos de la legislacion y la ley.

Páginas.

LIBRO TERCERO.

El jefe supremo del Estado.

LIBRO CUARTO.

El Gobierno propiamente dicho.

LIBRO QUINTO.

La justicia.